HARVARD LAW LIBRARY.

Received Jan. 21, 1903

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums und des Advokatenstandes beim Rheinischen Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Sechszigster Band.

Erste Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1866.

Digitized by Google

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums und des Advokatenstandes beim Rheinischen Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Neue Folge.

Dreiundfünfzigster Band.

Erste Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1866.

Digitized by Google

Rec. Jan. 21, 1903

Digitized by Google

Inhalt.

Erste Abtheilung.

	Seite.
Annahme einer Erbschaft. Ausstellung einer Vollmacht . . .	217
Armenpflege. Hülfsdomicil	82
Ausländische Actiengesellschaft. Eigenschaft der juristischen Persönlichkeit in Preußen. Dies incertus einer Obligation. Gleichstellung desselben mit der Bedingung	293
Außergerichtliche Theilung Minderjähriger. Homologirender Rathskammerbeschluß. Unzulässigkeit contradictorischer Berufung. Bedingung der Perfection der Theilung	271
Beamte. Gehalt. Verjährung.	40
Beamter. Verjährung. Interruption. Suspension derselben. Servitut	94
Beneficium. Kirchenvorstand	183
Bergwerksgesellschaft. Handelsgeschäft. Handelsgesellschaft. Competenz.	4
Berufung. Evictionspflicht. Publicianische Klage	115
Bestätigung eines Concordats. Berechnung der Masse. Intervention	6
Cession. Quittung. Sicheres Datum	18
Commissionär. Spiel u. Wette	80
Competenz der Handelsgerichte in Fallimentssachen	127
Contocorrent. Imputation	302
Curatel. Decisorischer Eid	35

Digitized by Google

Seite.

Demissions-Vertrag. Elterliche Theilung. Form. Rapportpflicht nach Art. 918 des B.-G.-B. 42

Disponible Quote. Legitimation durch Justiz-Ministerial-Rescript 149

Ehescheidung. Dritter exekutorischer Titel. Sequester . . . 64

Eigenthum. Beschränkung der Veräußerungsbefugniß. Mutatio libelli 129

Eigenthum. Unterirdisches. Recht der Ausbeute von Mineralien und Steinen. Zehn- und Dreißigjährige Ersitzung . . . 91

Entscheidungseid. Grenzen seiner Beweiskraft 290

Evangelischer Pfarrhausbau. Pfarrgemeinde. Civilgemeinde. Beitragspflicht. Competenz 260

Expropriation. Werthverminderung. Baupolizei-Ordnung . 239

Falliment. Concordat. Regreßklage des Cessionars 221

Falliment. Rückdatirung. Concordat 304

Fallimentsverfahren. Ausland. Vollstreckbarkeits-Erklärung . 227

Falliment. Zahlungs-Einstellung. Frist für die Eröffnung des Falliments 121

Fenstergerechtigkeit. Verjährung 165

Feuer-Versicherungs-Gesellschaft. Schiedsrichter. Zinsenlauf . 10

Fischereigerechtigkeit. Verjährung. Schadensersatz 98

Gemeinde. Theilung von Gütern, welche mehreren Gemeinden gemeinschaftlich sind. Quote 175

Gemeinde. Trottoiranlage. Polizei-Verordnung 74

Gemeines Kirchenrecht. Churkölnisches Kirchenrecht. Incorporation. Portio congrua. Baulast des Pfarrhauses 59

Gemeinschaftl. Graben. Oeffentlicher Weg 174

Gemeinschaftliche Mauer. Errichtung derselben. Beitragspflicht 56

Gütertrennung. Zweite Ehe. Revenüenüberschüsse 109

Hafengebühr. Rheinschifffahrtsordnung. Anwendung derselben auf das Gebiet der Mosel 213

Haftpflicht inländischer Eisenbahn-Gesellschaften. Activ-Legitimation des Versenders zur Klage auf Wertherſatz verlorener Waaren 273

Handelsgericht. Contumazial-Urtheil 58

Handelsgerichts-Competenz 15

Herzogthum Jülich. Armen-Vermögen der kirchlichen Gemeinden. Bürgerliche Armen-Verwaltung. Anwendbarkeit der Allerh. Cabinets-Ordre vom 21. Mai 1823 243

Digitized by Google

Seite.

Interventions-Befugniß des Falliten. Seine Qualification zur Einlegung der Berufung. Verannehmbarkeit der Letztern bei unterlassener Zuziehung des Syndiks 224

Kanonisches Recht. Incorporation. Klostervermögen. Kirchliche Baulast 111

Kauf. Irrthum 189

Kirche. Legat. Königl. Genehmigung 87

Klage auf Trennung von Tisch und Bett. Zeugen-Reproche wegen Verwandtschaft 57

Lieferungsort. Competenz des Handelsgerichts 181

Obligation. Cession. Klage auf Uebertragung eines obligatorischen Verhältnisses 138

Peremtion. Verjährung 219

Realanerbieten. Lieferungs-Vertrag. Kaufpreis. Handelssache . 39

Retentionsrecht. Vermiether 226

Rheinzoll-Sache. Competenz des Rheinzollgerichts 303

Rheinzoll-Strafsachen 1

Schenkungen eines Ehegatten an den andern im Heirathsvertrag. Widerruflichkeit wegen Undanks 194

Seerecht. Flußschifffahrt. Haverei 210

Societät. Minderjährige. Verkauf von Immobilien 134

Subhastation. Drittbesitzer. Meliorationen 96

Testament. Nichtigkeit. Zeuge. Verwandtschaft. Notar . . 48

Testament. Revocation 147

Testamentsexekutor. Befugnisse desselben. Minderjährige. Vermögens-Verwaltungsrecht des Vaters und Vormundes. Intervention 229

Unannehmbarkeit der Berufung wegen Vollzugs. Anspruch auf Liegegelder 170

Urkundenfälschung des §. 252 des Str.-G.-B. Legitimationsscheine für Waarentransport im Grenzbezirke. Fälschliche Angabe der Bezugsquellen der Waare. Controlbücher im Grenzbezirke 19

Verfrachter. Privilegium. Verlust desselben. Holländisches Recht 253

Verjährung der Regreßansprüche des Inhabers eines Wechsels gegen den Aussteller und die übrigen Vormänner nach Art. 79 der allg. deutschen Wechsel-Ordnung 177

Digitized by Google

Seite.

Verkauf. Fremde Sache. Pars indivisa. Nichtigkeit 37

Versicherungs-Gesellschaft Doppel-Versicherung 270

Vindication. Accitation. Berufung. Rechtskraft 304

Vorbehaltserbe. Anspruch auf die Nachlaßobjecte in natura 154

Vorwegnahme. Liegenschaft. Veräußerung. Errungenschafts-Gemeinschaft 145

Wechsel. Durchstreichung von Unterschriften 296

Wechsel. Indossament. Cession. Bergwerksgesellschaft . . . 68

Wechselprozeß im Gebiete des Rhein. Rechtes. Einreden gegen Wechselschuld. Res judicata bei Verurtheilungen wegen Wechselschulden. Wechsel für Spielschuld. Einrede gegen den dritten Wechselinhaber. Rückforderung der gezahlten Wechseljudikatsumme 24

Wechsel. Verjährung. Collision der Gesetze 101

Wechsel-Verlust. Regreßklage 204

Zollgefälle. Privilegium des Fiscus. Bürge 286

Berichtigung.

Abth. I., S. 80, Zeile 12 von unten, lies: „Art. 376 H.-G.-B." statt „Art. 376 B.-G.-B."

Abth. I., S. 84, Zeile 6 von unten, lies: „Vreyell" statt „Brüggen."

Abth. I., S. 86, Zeile 19 von unten, lies: „aus der appellantischen Gemeinde" statt „aus der appellatischen Gemeinde."

Abth. I., S. 92, Zeile 2 von oben, lies: „Art. 552" statt „Art. 55."

— — Zeile 3 von oben, lies: „praesumtio" statt „presumtio."

Abth. I., S. 99, Zeile 4 von unten, lies: „praescriptum" statt „proscriptum."

Abth. I., S. 163, Zeile 21 von oben ist zwischen den Worten „Ueberschreitung" und „der" das Wort „zu" einzuschalten.

Abth. I., S. 165, Zeile 17 von oben ist das Wort „zu" zu löschen.

Digitized by Google

Zweite Abtheilung.

A. Rechtsentscheidungen des Königl. Revisions- und Cassationshofes resp. des Königl. Ober-Tribunals V. Civil-Senat (Rheinischer Senat).

Seite.

Armenpflege. Lebenswierige Freiheitsstrafe 27

Bezeichnung von Waaren mit dem Fabrikzeichen eines anderen Gewerbtreibenden. Anwendbarkeit des allgemeinen Strafgesetzbuchs 6

Eheberedungen im Gebiet des allgemeinen Landrechts. Befugnisse der Notarien 43

Fälschung. Fragestellung 33

Fenstergerechtigkeit. Verjährung. Stadtkölnische Bauordnung 8

Kauf- und Tausch-Verhandlungen bei Erbtheilungen. Stempelpflichtigkeit 3

Kirchenfabriken. Autorisation. Definitiv-Urtheil 50

Kleinhandel mit geistigen Getränken. Größe der Gefäße 41

Lehrer. Schulversäumnißliste 59

Oeffentliche Aufzüge auf öffentlichen Wasserstraßen. Befreiung von der polizeilichen Erlaubniß 30

Oeffentlicher Weg. Wiederherstellung. Oeffentl. Ministerium. Civilpartei 25

Schenkungen eines Ehegatten an den andern im Ehevertrag. Unwiderruflichkeit wegen Undanks 37

Schulversäumnisse. Befugniß des Richters. Pflichten der Eltern 57

Schulversäumnisse. Schulpflichtigkeit 60

Verleger. Redacteur 23

Digitized by Google

Seite.

B. Landgerichtliche Entscheidungen, Ministerial-Rescripte und juristische Abhandlungen.

Nachtrag zu der in Band 52, 2 B., Seite 1 aufgenommenen Abhandlung über ayant-cause Art. 1322 des B.-G.-B. . 15

Ueber das Eigenthum an den Kirchhöfen des linken Rheinufers 3

Berichtigung.

Abth. IIA., S. 8, lies in der Ueberschrift: „Stadtkölnische Bauordnung" statt „Churkölnische Bauordnung."

Digitized by Google

Erste Abtheilung.

Entscheidungen merkwürdiger, bei dem Rhein. Appellationshofe verhandelter Rechtsfälle.

Digitized by Google

Digitized by Google

Rheinzoll-Strafsachen.

In Rheinzoll-Strafsachen hängt die Zulässigkeit der Berufung nicht von der ursprünglichen Beschuldigung, sondern von dem Gegenstand des Schlußantrags des Fiskals ab.

Oeffentliches Ministerium — Tripp.

J. E., daß die gegen den Appellaten Tripp durch Vorladung vom 9. Juli d. J. erhobene Anklage dahin gerichtet war, daß er im verflossenen Sommer den Sicherheitshafen zu Düsseldorf mit dem Schiff Christina von 76 Lasten Tragfähigkeit nebst dem Flieger bezogen und Anfangs März d. J. wieder verlassen habe, ohne das tarifmäßige Hafenschutzgeld zu entrichten.

Daß dagegen der von dem Fiskal in der Verhandlung bei dem Rheinzollgericht genommene Antrag dahin ging, den Appellaten in eine Geldbuße von einem Thaler wegen Zuwiderhandlung gegen den §. 5 der Polizeiordnung vom 7. August 1841 zu verurtheilen;

Daß der Fiskal gegen das diesem seinem Antrag deferirende Urtheil die Appellation eingelegt hat, und es sich zunächst um die Statthaftigkeit dieser Appellation handelt;

J. E., daß gemäß §. 37 der Verordnung vom 30. Juni 1834, abgesehen von dem Falle einer Incompetenzerklärung, welcher hier nicht vorliegt, die Appellation sowohl dem Angeschuldigten, als dem Fiskal und dem Civilkläger nur dann zusteht, wenn der Gegenstand des Antrags des Fiskals und des Civilklägers über fünfzig Franken beträgt;

Daß durch den Ausdruck: Gegenstand des Antrags des Fiskals derjenige Betrag bezeichnet wird, auf welchen der in der Verhandlung vor dem Rheinzollgericht von dem Fiskal gegen den Beschuldigten genommene Antrag gestellt ist, nicht aber der Gegenstand der ursprünglichen Anklage;

J. E., daß dies aus den unzweideutigen Worten selbst und aus der in der Verordnung vom 30. Juni 1834 fest-

Digitized by Google

gehaltenen Unterscheidung zwischen Anklage und Antrag hervorgeht, vgl. §. 17, 19, 30 und 32 der Verordnung;

Daß dieser Sinn der gedachten Worte dadurch noch unzweifelhafter wird, daß der §. 37 sowohl für das Verfahren in Civilsachen, als für das Verfahren in Strafsachen bei dem Rheinzollgericht gelten soll;

Daß die Verordnung über das Verfahren bei den Rheinzollgerichten ersichtlich aus den mannigfachen in den verschiedenen Prozeßarten und Prozeßgesetzgebungen vorkommenden Normen über die appellable Summe wonach bald der Werth des Gegenstands der ursprünglichen Klage, bald der Gegenstand des Antrags im Prozeß, bald der Gegenstand der Beschwerde, anderwärts überhaupt die Condemnation, oder der Betrag der Condemnationssumme, anderwärts das maximum, zu welchem auf Grund der ursprünglichen Beschuldigung nach dem betreffenden Strafgesetz verurtheilt werden könnte, u. s. w. für die Berufbarkeit maßgebend ist, bei der Prozedur in Rheinschifffahrts-Angelegenheiten mit Rücksicht auf die Verwandtschaft der Defrautations- und sonstigen fiskalischen Sachen mit den Civilsachen, gleichmäßig für das Strafverfahren und für das Civilverfahren diejenige Maßgabe in Betreff der Appellabilität gewählt hat, welche den Betrag zu Grunde legt, der von der Partei in ihrem dem angegriffenen Urtheil zuletzt vorangegangenen Antrag gefordert worden ist, so daß es insbesondere bei Reduktion des Petitums nicht auf die ursprüngliche, sondern auf die der Entscheidung unterbreitete Forderung ankommen soll;

Daß dagegen die Auffassung, als ob der §. 37 in Strafverfahren die Appellabilität von der Beschuldigung abhängig mache, einestheils mit den Worten und mit dem Inhalt jenes Paragraphen nicht vereinbar ist, da die Beschuldigung keinen Geldbetrag zum Gegenstande hat, wie dies auch bei der obenerwähnten Vorladung in gegenwärtigem Prozeß zu ersehen ist, anderntheils den §. 37 als zur Anwendung auf das Civilverfahren unpassend darstellen würde;

I. E., daß es überhaupt nicht statthaft erscheint, dem Gesetzgeber einen solchen Mangel an Redaktionsgabe zuzumuthen, daß er mit den sehr einfachen und verständlichen Worten: es solle maßgebend sein, ob der Gegenstand des Antrags des Fiskals und des Civilklägers fünfzig Franken

Digitized by Google

betrage, den davon gänzlich verschiedenen Gedanken habe ausdrücken wollen, daß es darauf ankomme, ob wegen der in der Anklage bezeichneten Contravention oder sonstigen Thatsache möglicherweise und im maximum von dem Richter gegen den Beschuldigten oder Beklagten eine Verurtheilung zu mehr als fünfzig Franken ausgesprochen werden könne;

Daß, wenn der Einwand gemacht worden ist, daß die Rheinschifffahrts-Convention vom 31. März 1831 in §. 86 bestimme: der unterliegende Theil solle die Berufung gegen das Urtheil der ersten Instanz einlegen können, wenn die „Klage" einen Betrag von mehr als fünfzig Franken zum Gegenstand habe, und daß die Verordnung vom 30. Juni 1834, welche, wie es im Eingange derselben heißt, zur Vollziehung der Bestimmungen der Rheinschifffahrts-Convention erlassen worden, den gedachten §. 86 der Convention nicht habe abändern können und wollen, dieser Einwand allerdings in so fern von Gewicht sein würde, als der §. 37 der Verordnung, welche als Landesgesetz unmittelbar in Anwendung zu bringen ist, an Dunkelheit litte, und die entsprechende Stelle der Convention zur Interpretation des Paragraphen diente;

Daß es sich hier aber gerade umgekehrt verhält, der Ausdruck des §. 86 der Convention ungenau und dunkel, der §. 37 der Verordnung dagegen bestimmt und deutlich ist;

Daß jener Satz der Convention das Prinzip im Allgemeinen aufstellt, ohne dies prozessualisch näher zu präcisiren, wogegen die Verordnung ihre Bestimmung noch genauer darstellt, wie sich das Princip im Prozeßverfahren ausprägt;

Daß in dem Art. 86 der Convention unter dem Ausdruck: „Klage" keineswegs die ursprüngliche Klageschrift oder Vorladung (objet de la demande) verstanden wird, vielmehr der französische Text: „dans les causes ayant pour objet une valeur au dessus de 50 francs" beweist, daß das Wort „Klage" hier ungenau und vage gebraucht ist, und der Art. 86 den Gegenstand des Rechtsstreits (cause) im Auge hat;

Daß in dem §. 37 der Verordnung dies festgehalten, aber mit Rücksicht darauf, daß im Lauf des Prozesses Aenderung eintreten kann, dahin näher erläutert und für das Strafverfahren, wie für das Civilverfahren prozessualisch normirt ist: daß der Gegenstand des Rechtsstreits (cause) nicht lediglich, so wie er bei dem Beginne des Prozesses

Digitized by Google

(bei der Klage oder Anklage) war, sondern so wie er als Forderung der klagenden Partei, des Fiskals u. s. w. in deren Antrag dem Erkenntniß unterbreitet ist, zur Maßgabe der Berufbarkeit dienen soll;

J. E., daß daher in der vorliegenden Sache nach Maßgabe des obenerwähnten Gegenstands des Antrags des Fiskals die Appellation desselben nicht statthaft ist;

Aus diesen Gründen

verwirft der Appell.-Ger.-Hof, als Kgl. Preuß. Appell.-Gericht in Rheinschifffahrts-Angelegenheiten erkennend, die Berufung wider das Erkenntniß des Königl. Rheinzollgerichts zu Düsseldorf vom 17. August 1865 als unstatthaft.

III. Senat. Sitzung vom 24. November 1865.

Advokat: Esser I. jun.

Bergwerksgesellschaft. — Handelsgeschäft. — Handelsgesellschaft. — Competenz.

Eine Bergwerksgesellschaft, welche die selbst gewonnenen Producte zum Zweck der Veräußerung verarbeitet, macht keine Handelsgeschäfte, wird dadurch nicht zur Handelsgesellschaft und ist daher auch das Handelsgericht nicht competent über die Streitigkeiten der Gewerken unter sich zu entscheiden.

Malcomson — Mülwany.

J. E., daß zuvörderst dem ersten Richter in keiner Weise beigetreten werden kann, wenn er von der Annahme ausgeht, daß die Gewinnung beweglicher Sachen, um sie durch Fabrikation verarbeitet weiter zu veräußern, auch in dem Falle ein Handelsgeschäft sei, daß diese Gewinnung durch Selbstproduction — vorliegend durch Extraction von Kohlen aus eigenem Bergwerke und Benutzung eigenen Lehms und Thons — geschehe;

Daß eine solche Selbstproduction weder nach dem Sprachgebrauche noch nach der Absicht der Gesetzgebung unter den Begriff der im Art. 271 Nr. 1 des Allgem. Deutschen Handels-Gesetz-Buchs dem Kauf gleichgestellten „anderweiten Anschaf-

Digitized by Google

fung von Waaren und andern beweglichen Sachen" subsummirt werden kann, da die „Anschaffung," eben weil sie im Handels-Gesetz-Buch als ein Handelsgeschäft hingestellt ist, ihrem Begriffe nach vor Allem ein Rechtsgeschäft sein muß und zwar ein Rechtsgeschäft, welches den Erwerb der anzuschaffenden Sache zum Gegenstande hat, wohingegen die eigene Production nur eine wirthschaftliche Thätigkeit ist, welche, wenn gleich sie zur Erreichung ihres Zweckes vielfach die Abschließung einzelner Rechtsgeschäfte (als z. B. Dienstmiethe, Anschaffung von Werkzeugen u. s. w.) mittelbar zu Hülfe nimmt, doch sich nicht in ein die Erwerbung des Productes zum Gegenstande habendes Rechtsgeschäft concentrirt;

Daß, wenn sonach die eigene Produktion von Rohproducten zu dem Zwecke, sie in Natur oder verarbeitet weiter zu veräußern, keine Anschaffung im Sinne des Handels-Gesetz-Buchs und kein Handelsgeschäft ist, selbstredend auch die Fabrikationsweise Verarbeitung und Weiterveräußerung seitens des Producenten kein Handelsgeschäft darstellt, da das Handels-Gesetz-Buch nur den Kauf und die Anschaffung von Sachen, um sie in Natur oder verarbeitet weiter zu veräußern, nicht aber die Verarbeitung selbst (falls sie nicht für Andere übernommen wird, Art. 272 Nr. 1 des Handels-Gesetz-Buchs und ebensowenig die Veräußerung selbst als Handelsgeschäft auffaßt, auch die Uebernahme von Lieferungen nur dann zu den Handelsgeschäften zählt, wenn der Uebernehmer die zu liefernden Sachen durch Anschaffung im obigen Sinne erlangt, nicht aber, wenn er seine eigenen Producte zu liefern übernimmt;

Daß die vom ersten Richter zur Begründung seiner unrichtigen Annahme in Bezug genommenen legislativen Vorverhandlungen zum neuen Handels-Gesetz-Buche nicht nur nicht für diese Annahme, sondern ganz entschieden gegen dieselbe sprechen, und namentlich das von ihm bezogene Protokoll der 154, Sitzung zweiter Lesung (p. 1291.) ergiebt, daß ein Antrag, die Selbstproduction bei großartigem Betriebe, und speziell der großartige Bergwerksbetrieb zu den Handelsgewerben zu ziehen, zwar gestellt aber nach mehrseitigem Widerspruch nicht weiter verfolgt wurde;

Daß daher die weiteren Schlußfolgerungen des ersten Richters, gemäß welchen in vorliegendem Falle die Gewerkschaft schon dann als Handelsgesellschaft anzusehen und die

Digitized by Google

Competenz des Handelsgerichts für die Streitigkeiten der Gewerken unter sich schon dann begründet sein soll, wenn mit dem Grubenbetriebe die Fabrikation und Weiterveräußerung der fabrizirten eigenen Producte verbunden sei, schon aus dem angeführten Grunde zerfällt;

III. Senat. Sitzung vom 13. Dezember 1865.

Advokaten: Herbertz — Esser I. jun.

Bestätigung eines Concordats. — Verrechnung der Masse. — Intervention.

Zum gültigen Abschluß eines Concordats gehört, daß die Majorität der anwesenden Gläubiger drei Viertel der Gesammtsumme aller bei der Verification zur Chirographarmasse admittirten Forderungen in ihrer Hand vereinigt. Bei Berechnung dieser drei Viertel müssen die Forderungen der im Verifications-Verfahren admittirten Hypothekar-Gläubiger mitgezählt werden.

Das Handelsgericht hat ex officio, unabhängig von den Anträgen der Parteien zu prüfen, ob diese für die Gültigkeit des Concordats vorgeschriebenen Bedingungen vorhanden sind.

Repräsentirt die Majorität im Concordats-Termine nicht die erforderlichen drei Viertel, so ist dieser Mangel nicht durch spätere Zustimmungen oder Interventionen von Gläubigern zu ergänzen, die Bestätigung deßhalb aber vom Handelsgericht nicht zu versagen, sondern ein neuer Termin anzuordnen.

Brügelmann — Lützeler.

J. E., daß das Concordat als ein selbst für die dissentirenden und für die nicht mitwirkenden Gläubiger verbindlicher Nachlaßvertrag nach der Bestimmung des Gesetzes in einem von der Majorität der anwesenden Gläubiger, welche zugleich drei Viertel der Gesammtsumme aller bei der Verification zur Chiragrapharmasse admittirten Forderungen

in ihrer Hand vereinigt, mit dem Falliten geschlossenen Vertrage besteht;

Daß in Ermangelung der gedachten Majorität der Concordatsvertrag in seinem Wesen nicht vorhanden ist, oder wie der Art. 519 des Rh.-H.-G.-B. sagt, nicht zu Stande gekommen, und nichtig ist;

Daß es den Gläubigern und dem Falliten sowie den sonstigen in dem Concordatstermin mitwirkenden Personen nicht zusteht, durch ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft an seinem wesentlichen Erforderniß eine Aenderung zu treffen, die Erforderniß auch nicht zu den bloßen Förmlichkeiten gezählt werden kann, deren Nichtbeobachtung von Seiten der betreffenden Gläubiger durch Opposition geltend gemacht werden müßte;

Daß das Handelsgericht, dem die im Concordatstermine gepflogenen Verhandlungen vorgelegt werden, um gemäß Art. 524 des H.-G.-B. durch seine Bestätigung ein rechtswirksames und verbindliches Concordat festzustellen, seinerseits das Vorhandensein der gesetzlich erforderten Contrahenten zu prüfen hat, und in Ermangelung der gesetzlichen Majorität nach Zahl der Personen oder nach Höhe der Summen ein Concordat nicht als vorhanden anerkennen und ein nicht zu Stande gekommenes Concordat nicht bestätigen kann;

Daß wenn der Art. 526 des Rh. H.-G.-B. bestimmt, daß die Bestätigung wegen schlechten Benehmens oder wegen Betruges verweigert werden kann, und wenn daraus gefolgert worden ist, daß nicht von Amtswegen deshalb weil das Concordat das Interesse der Gläubiger verletzt, die Bestätigung verweigert werden könne, hieraus kein Grund für die Behauptung zu entnehmen ist, daß es dem Handelsgericht nicht zustehe und obliege, das rechtliche Dasein des Vertrages selbst, den es wirksam machen soll, zu prüfen, der Art. 526 vielmehr bei seiner Bestimmung ein an sich zu Stande gekommenes Concordat voraussetzt, und unter dieser Voraussetzung erst Gründe angibt, unter welchen die Bestätigung dennoch verweigert werden kann;

Daß in dem Protokoll über die Concordatsverhandlungen mit Unrecht die Ansicht angenommen ist, daß bei der Berechnung der drei Viertel alle hypothekarisch eingeschriebenen Forderungen, darunter auch die Forderung des Kronen von dem gesammten Passus vorweg in Abzug zu bringen seien, während

Digitized by Google

die Bestimmung des Art. 919 des H.-G.-B. dahin geht, daß es auf drei Viertel der Gesammtsumme der gemäß dem Status verificirten und admittirten Forderungen ankommt, und auch insbesondere die Forderung des Kronen zu diesen gehörte, da dieselbe wie der obenerwähnte Status und auch ein besonders darüber ausgestelltes Attest des Handelsgerichtsschreibers ergibt, schon seit dem 16. Mai 1864 zur Chirographarmasse admittirt war;

Daß dieser letztere Umstand nach Inhalt des Gesetzes entscheidend ist, da der Art. 519 ganz bestimmt und ausdrücklich für das Summenverhältniß drei Viertel aller admittirten Forderungsbeträge verlangt, und hierbei die mit Hypothekeninscriptionen versehenen Forderungen sofern sie zur Chirographarmasse admittirt sind, nicht ausschließt, der Art. 520 aber nur eine Ausschließung der Hypothekengläubiger von dem Mitstimmen im Termine vorschreibt;

Daß eine Ausdehnung des Art. 520 und eine Uebertragung seiner speciellen die Personenmajorität betreffenden Bestimmungen in den anderweitigen Inhalt des Art. 519 an sich nicht zulässig erscheint und nicht als der wirkliche Sinn des Gesetzes zu unterstellen ist, indem aus der Vorschrift, daß die Hypothekargläubiger zum Mitstimmen nicht zugelassen werden sollen, weil sie bei vorhandener Deckung ihrer Forderung in der Regel für das Concordat stimmen würden, also aus einer Vorschrift, welche einer solchen Erleichterung der Concordatschließung entgegentritt, nicht folgt, daß das Gesetz beabsichtigt habe, bei Berechnung der drei Viertel der Forderungen von den mit Hypothekarinscriptionen versehenen Forderungen, obgleich sie zur Chirographarmasse admittirt sind, abzusehen, und diese Forderungen dadurch, daß sie vorweg abgerechnet würden, insoweit für das Concordat fungiren zu lassen, also in dieser Weise gegenüber dem Inhalt des Art. 519 die Concordatschließung zu erleichtern;

J. E., daß wenn es der Wille des Gesetzgebers gewesen wäre, daß die Hypothekarforderungen bei der Beschlußfassung über das Concordat überhaupt nicht in Betracht kommen sollten, dieser Satz als beide Richtungen beherrschend, ausgesprochen worden wäre, und die Ausschließung der Hypothekargläubiger vom Mitstimmen im Termin eine selbstverständliche Folgerung daraus gewesen sein würde, wogegen in dem geltenden H.-G.-B., der Art. 520 gerade nur die eine Richtung, die stimmenden Personen betreffend, zum Gegenstand einer besonderen Verfügung macht;

Digitized by Google

J. E., daß diese Auffassung sich bei Betrachtung des Ganges, welchen die Gesetzgebung in diesem Punkt historisch genommen hat, noch näher bestätigt;

Daß nach Inhalt der vor Einführung des Code de commerce in Frankreich geltenden Ordonnanz von 1679 in dem Titel von den Fallimenten Art. 6 für die Beschlußfassung eine Personenzahl gar nicht in Betracht kam (non par le nombre des personnes) vielmehr die Majorität allein nach den Forderungssummen zu berechnen, und drei Viertel des Gesammtbetrags aller Forderungen erforderlich war, unzweifelhaft mit Einschluß der hypothekarisch Inscribirten, (aux trois quartes du total des dettes);

Daß der Art. 519 des Code de commerce mit dem Ausdruck drei Viertel de la totalité des sommes dues selon l'état des créances verifiées et enregistrées dies Erforderniß der Ordonnanz in gleichem Sinn in sich aufnahm und wiederholte, außerdem aber noch ein zweites Erforderniß: die Majorität der anwesenden Personen hinzugefügt hat, und nur dies neuhinzutretende Erforderniß durch den allein von dem Mitstimmen der Hypothekargläubiger sprechenden Art. 520 modificirt ist;

Daß diese Ansicht, welche der Appell.-Ger.-Hof auch früher ausgesprochen hat, auch bei den Gerichten in Frankreich bis zum Erlaß des dortigen neuen Fallimentsgesetzes von 1838 allgemein anerkannt war, wie namentlich in dem Commentar des Berichterstatters Renouard zu Art. 508 dieses letzteren Gesetzes bezeugt ist, der anderweite Inhalt dieses neuen Art. 508 aber eine materielle Abänderung des H.-G.-B. für Frankreich darstellt, durch welche dort die Majoritätsberechnung nach beiden erwähnten Richtungen hin anders geregelt worden ist;

Daß wenn nach dem Obigen das Concordat wegen Mangels des erforderlichen Summenverhältnisses im Termin vom 29. August 1864 nicht zu Stande gekommen ist, es mit den in Betreff der Concordatschließung bestehenden gesetzlichen Vorschriften insbesondere auch mit dem Art. 522 des Rh. H.-G.-B. gänzlich unvereinbar ist, das Concordat durch Beibringung der nachträglichen Zustimmung von Gläubigern oder durch Interventionen in einer Procedur über die Bestätigung zu Stande zu bringen;

Digitized by Google

Daß daher der Intervention keine Folge gegeben werden kann;

J. E., daß aber nach demselben obenbezogenen Art. 522 welcher speciell für einen solchen Fall, wie er hier vorliegt verfügt, im Concordatstermin ein neuer Termin zur ferneren Berathung ein für allemal auf 8 Tage anzuberaumen gewesen wäre;

Daß wenn dies faktisch durch die Personen, welche die Concordatsverhandlung leiteten, nicht geschehen ist, doch nach der rechtlichen Lage der Sache von dem Handelsgericht die Concordatsverhandlungen als noch in dieser Schwebe befindlich betrachtet werden mußten, und daher statt definitiver Versagung der Bestätigung zunächst die nachträgliche Berichtigung des Verfahrens zu veranlassen war, wobei nur die 8tägige Frist des Art. 522 selbstverständlich entfallen mußte;

Aus diesen Gründen

reformirt der Appell.-Ger.-Hof das Urtheil des Kgl. Handelsgerichts vom 5. Oct. 1865, verordnet, daß von dem Richtercommissar des Falliments von Brügelmann zur Fortsetzung der Concordatsverhandlungen gemäß Art. 522 des H.-G.-B. ein neuer definitiver Concordatstermin anberaumt, und sodann eventuell die Verhandlung dem Handelsgericht behufs Bestätigung vorgelegt werde.

III. Senat. Sitzung vom 15. Dezember 1865.

Advokaten: Herbertz — Lautz, Wallraf.

Feuer-Versicherungs-Gesellschaft. — Schiedsrichter. — Zinsenlauf.

Wenn ein durch Brandunglück Beschädigter in Gemäßheit der Policebedingungen sich mit der Versicherungs-Gesellschaft dahin vereinbart, daß zwei ernannte Sachverständige den Schaden unter Ausschluß des Rechtswegs für beide Parteien mit verbindlicher Kraft feststellen sollen, so können etwaige Auslassungen und Irrthümer der Sachverständigen bezüglich des Vorhandenseins oder der Beschaffenheit einzelner Zubehörungen im Rechtswege nicht geltend gemacht werden. — Eine Vereinbarung,

Digitized by Google

daß der Zinsenlauf erst mit der Rechtskraft des Urtheils beginnt, widerstreitet der öffentlichen Ordnung nicht.

Harff — Aachen-Münchener Feuer-Versicherungs-Gesellschaft.

Harff hatte bei der vorgenannten Gesellschaft ein Wohnhaus nebst Seitengebäuden zum Betrag von 19,000 Thlr. versichert.

Nachdem ein Brand die Gebäude größtentheils zerstört hatte, ernannten die Parteien zwei Sachverständige, welche gemäß den Police-Bedingungen nach dem wahren Werthe der Gebäude zur Zeit des Brandes den Schaden unter Ausschluß des Rechtsweges mit verbindlicher Kraft für beide Parteien feststellen sollten. Gemäß Verhandlungen vom 26. Juli und 12. August 1865 haben die Sachverständigen den wirklichen Werth der Gebäude zur Zeit des Brandes auf 15490 Thlr., die brauchbaren Ueberreste auf 2889 Thlr. 5 Sgr. mithin den zu ersetzenden Schaden auf 12600 Thlr. 25 Sgr. festgestellt, und die Versicherungs-Gesellschaft war bereit, diesen Betrag an Harff zu zahlen, sobald dieser gemäß §. 10 der Bedingungen die Einwilligung der Hypothekargläubiger beibringe.

Harff hat am 6. September 1865 Klage auf Zahlung von 16110 Thlr. 25 Sgr. sammt Zinsen vom Tage der Klage erhoben und in der Ladung angeführt, daß die Gebäude zu 19000 Thlr. versichert gewesen, daß nach Taxe der Sachverständigen nur für 2889 Thlr. 5 Sgr. übrig geblieben, so daß der wirkliche Schaden sich auf 16,110 Thlr. 25 Sgr. belaufe.

Das k. Handelsgericht zu Köln entsprach der Einrede der Verklagten, nahm an, daß beide Theile an das Resultat der Abschätzung gebunden seien, und daß eine Verurtheilung in die festgesetzte Summe nicht erfolgen könne, weil die Einwilligung der Hypothekar-Gläubiger noch fehle.

Demgemäß erkannte das Handelsgericht durch Urtheil vom 13. October 1865, daß der Kläger nur berechtigt sei, als Ersatz des durch den am 17. Juli 1865 stattgefundenen Brand an den von ihm bei der verklagten Gesellschaft versicherten Gebäulichkeiten entstandenen Schadens die Summe von 12,600 Thlr. 25 Sgr. von der verklagten Gesellschaft zu verlangen; gab Urkunde, daß die verklagte Gesellschaft

Digitized by Google

sich bereit erklärt hat, jene Summe von 12,600 Thlr. 25 Sgr. an den Kläger zu bezahlen, sobald er die Einwilligung der auf die fraglichen Gebäude eingetragenen Hypothekar-Gläubiger zur Empfangnahme des Geldes beigebracht haben werde; wies im Uebrigen die Anträge des Klägers ab mit den Kosten. Hierauf erfolgte die Einwilligung der Hypothekar-Gläubiger und die Gesellschaft erklärte sich durch Schreiben vom 22. October 1865 bereit, den Betrag von 12,600 Thlr. 25 Sgr. zu zahlen in der Voraussetzung, daß Harff auf weitere Ansprüche verzichte.

Harff ergriff aber durch Act vom 25. October 1865 Berufung und legte eine Aufstellung vor, nach welcher der Abschätzung der Sachverständigen Auslassungen und Irrthümer untergelaufen sein sollten, wobei er ausführte, daß die Feststellung der Sachverständigen wegen Irrthums und Lücken wie jedes Gutachten angegriffen werden könne, daß dieselbe aber, wie vom Appellanten behauptet werde, mehrere Gebäudetheile ganz übergangen, andere irrig von geringerer Qualität, als sie wirklich gehabt, unterstellt hatten.

Dagegen wurde für die Appellatin unter Bestreitung jener factischen Angaben geltend gemacht, daß der Ausspruch der beiden Sachverständigen auf Grund des Compromisses ein schiedsrichterliches Urtheil in erster und letzter Instanz sei, welches auf Anhören der Parteien erfolgt und auch wegen Irrthums oder Omission der Schiedsrichter oder einer Partei nicht angefochten werden könne.

In Bezug auf die Fälligkeit der Schuld und den terminus a quo für den Zinsenlauf bezog man sich auf die Police-Bedingungen, wobei Appellant ausführte, daß das anerkannte Minimum sofort fällig sei und Zinsen trage.

Der Appell.-Ger.-Hof erließ folgendes Urtheil:

J. E., daß der §. 7 der Police ausdrücklich bestimmt, daß rücksichtlich des im Falle eines Brandunglücks zu ersetzenden Schadens die Versicherungssumme, welche in der Police angegeben ist, weder einen Beweis noch eine Vermuthung für das Vorhandensein oder den Werth des versicherten Gegenstandes begründen solle, vielmehr dieser Schaden nach dem wahren Werthe des Gegenstandes zur Zeit des Brandes festzustellen sei;

Daß überdies, nach §. 9 der Police, die nach diesem Grundsatze vorzunehmende Ermittelung des Betrages des

Digitized by Google

Schadens, unter Ausschließung des Rechtsweges, durch zwei von den Parteien zu ernennende Sachverständige, und eventuell durch einen Obmann, erfolgen soll;

Daß Appellant die Rechtsgiltigkeit dieser letzteren Vereinbarung nicht bestritten, vielmehr nach stattgehabtem Brande und nachdem in Folge desselben seine Entschädigungsforderung zur Existenz gekommen war, im Anschluß an jene Vereinbarung durch Vertrag vom 23. Juli p. in Gemeinschaft mit der Appellatin zwei Experten ernannt hat, welche nach ihrem besten Wissen und Gewissen den Schaden, so wie den Werth der übrig gebliebenen Gegenstände abschätzen und das Verhältniß des Schadens zum baulichen Werthe, den die Gebäude zur Zeit des Brandes hatten, angeben sollen;

J. E., daß es hiernach dem Appellanten nicht gestattet ist, mit Beiseitelassung der von den ernannten Experten vorgenommenen Abschätzung, durch ein selbstständiges Verfahren auf dem vertragsmäßig in gültiger Weise ausgeschlossenen Rechtswege, den Werth der versicherten Gebäude und der — denselben durch den Brand zugefügten Beschädigung durch Bezugnahme auf die Versicherungssumme, Ergänzungseid oder Zeugen und Sachverständige zu beweisen, — vielmehr in dieser Beziehung den Gründen des ersten Richters nur beigetreten werden kann;

J. E., daß nun zwar Appellant in dieser Instanz sich subsidiarisch darauf beschränkt, eine bloße Ergänzung der vorliegenden Expertise im Rechtswege zu erwirken, und zu diesem Zwecke geltend macht, daß die vertragsmäßig ernannten Experten bloß hinsichtlich der eigentlichen Abschätzung des Werthes der zur Zeit des Brandes vorhandenen und zerstörten oder beschädigten Gegenstände die definitive Entscheidung zu treffen hätten, wohingegen die thatsächliche Frage, welche Gegenstände zur Zeit des Brandes vorhanden gewesen wären und namentlich aus welchen einzelnen Bestandtheilen und Materialien die ganz oder theilweise zerstörten Gebäude bestanden hätten, im Falle der irrigen Unterstellungen der Experten und des Streites der Parteien, zur richterlichen Cognition gehöre;

Daß indeß nach den bezogenen §§. der Police, welche der nach dem Brande stattgehabten Vereinbarung der Parteien ausdrücklich zu Grunde gelegt sind, die Aufgabe der endgültig entscheidenden Experten keineswegs auf die bloße

Digitized by Google

Abschätzung beschränkt, sondern auf die vollständige Ermittelung des Schadens, sonach auch wesentlich auf die thatsächliche Ermittelung des Zustandes und der Bestandtheile der versicherten Gebäude ausgedehnt ist;

Daß es demnach Sache des Appellanten war, den erwählten Experten vor deren Entscheidung alle diejenigen Behauptungen über den Bestand seiner Gebäude und die Höhe des an denselben erlittenen Schadens, welche er jetzt zur Berichtigung der Expertise vorbringt und zum Beweise stellt, vorzulegen und deren Berücksichtigung zu verlangen;

Daß er dagegen, da jene Experten keineswegs, wie die gerichtlich ernannten Sachverständige, ein bloßes Gutachten abzugeben, sondern eine endgültige Entscheidung, in ähnlicher Weise wie Schiedsrichter zu treffen haben, nicht berechtigt ist, diese Entscheidung nachträglich bezüglich ihrer materiellen Richtigkeit anzufechten, vielmehr, falls, was nicht behauptet wird, ausreichende Rechtsgründe dazu vorliegen, nur die Vernichtung dieser Entscheidung und die Gestattung eines neuen, außergerichtlichen Verfahrens zur Ermittelung des Schadens verlangen könnte;

Daß in Ermangelung eines solchen Verlangens und der dazu erforderlichen Rechtsgründe, als welche die vom Appellanten behaupteten Auslassungen und Irrthümer bezüglich des Vorhandenseins oder der Beschaffenheit einzelner Zubehörungen und Materialien nicht angesehen werden können, die Entscheidung der Experten, innerhalb der Grenzen ihrer Aufgabe, für die Parteien gerade so bindend ist, wie ein der Berufung nicht unterliegender Schiedsspruch über ein streitiges Rechtsverhältniß, und demzufolge angebliche Auslassungen und Irrthümer, deren nachträgliche Berichtigung unser Prozeßgesetz im Falle der Rechnungslegung demjenigen Gerichte, welches über die Rechnung selbst erkannt hat, gestattet, nicht gegen die endgültige Entscheidung der Experten im Wege des ausgeschlossenen gerichtlichen Verfahrens geltend gemacht werden können;

J. E., daß hiernach die Beschwerde des Appellanten wegen der vom ersten Richter festgesetzten Höhe der Entschädigung unbegründet erscheint; daß dagegen, da inmittelst, wie die Appellatin anerkennt, die Einwilligung der Hypothekargläubiger zur Auszahlung der Entschädigungssumme an den Appellanten erfolgt ist, und die Appellatin zur sofortigen

Digitized by Google

Zahlung bereit zu sein erklärt hat, nunmehr die vom ersten Richter wegen Mangels dieser Einwilligung versagte Verurtheilung der Appellatin erfolgen kann;

J. E., daß schließlich, was die geforderten Zinsen betrifft — der §. 15 der Police den Zinsenlauf ausdrücklich erst 1 Monat nach der rechtskräftigen Verurtheilung beginnen läßt;

Daß die gesetzliche Bestimmung, wonach eine bis dahin unverzinsliche Schuld vom Tage der Klage Zinsen trägt, nicht zu denjenigen gesetzlichen Geboten oder Verboten gehört, welche durch den Vertrag der Parteien nicht abgeändert werden können, sonach dieselbe vom Appellanten der obigen Stipulation gegenüber nicht geltend gemacht werden kann, und andere Gründe, weshalb Appellatin vom Tage der Klage ab Zinsen zahlen müsse, namentlich eine den Appellanten beschädigende Verzögerung der Schadensermittelung, nicht vorliegen;

Aus diesen Gründen

reformirt der Rh. Appell.-Ger.-Hof das Urtheil des Königl. Handelsgerichts zu Köln vom 13. October p. insoweit, als dasselbe eine Verurtheilung der Appellatin zur Zahlung der festgesetzten Entschädigungssumme nebst Zinsen nicht ausgesprochen hat;

Verurtheilt statt dessen, indem er im Uebrigen die Berufung verwirft, die Appellatin, an den Appellanten die Summe von 12,600 Thlr. 25 Sgr. und zwar falls die Zahlung nicht vor dem 23. März c. erfolgen sollte, mit Zinsen zu 6 % von diesem 23. März c ab zu zahlen; verordnet die Rückgabe der Strafgelder und legt dem Appellanten die Kosten dieser Instanz zur Last.

III. Senat. Sitzung vom 23. Februar 1866.

Advokaten: Herbertz — Forst.

Handelsgerichts-Competenz.

Das Beziehen von Baumaterialien zu Speculationsbauten ist ein Handelsgeschäft.

Thierbach — Claus.

Unter dem 18. Mai 1865 ließ der Inhaber einer Schmiede und Stellmacherei Joseph Claus den Bauunternehmer Carl August Thierbach vor das Handelsgericht zu Düsseldorf laden, um sich zur Zahlung von 1177 Thlr. 5. Sgr. 2 Pfg. für

Digitized by Google

gelieferte Rollwagen und Schubkarren verurtheilen zu hören. Der Beklagte setzte der Klage die Einrede der Incompetenz entgegen, indem er kein Kaufmann sei und die Wagen und Karren nicht zum Weiterverkauf angeschafft habe, sondern um die von ihm für die Deutz-Elberfelder Bahn übernommenen Erdarbeiten auszuführen.

Das Handelsgericht zu Düsseldorf verwarf jedoch durch Urtheil vom 2. Juni 1865 diese Einrede, und gab dem Beklagten auf, sich auf die Sache selbst einzulassen. Demgemäß erschien auch derselbe in der weiteren Sitzung des Handelsgerichts — ein von ihm behaupteter Vorbehalt der Berufung constirt aus den Acten nicht — und brachte nicht blos Einreden gegen die Hauptklage au fond vor, sondern machte auch eine Reconvention auf Schadensersatz wegen verspäteter Lieferung der Wagen geltend.

Durch Urtheil vom 31. Juli 1865 erkannte das Handelsgericht was die Convention anlangt interlokutorisch. Dagegen wies es die Reconvention definitiv ab.

Nunmehr legte der Beklagte gegen beide Urtheile die Berufung ein und schützte in erster Linie und soweit das hier interessirt, wieder die Incompetenz-Einrede vor.

Zur Rechtfertigung derselben wurde ausgeführt: wofern der Appellant als Kaufmann anzusehen sei, würde allerdings die Anschaffung der Rollwagen und Karren nach Art. 273, Abs. 2 des H. G. B. ein Handelsgeschäft sein. Allein jene Voraussetzung treffe nicht zu; ein Bauunternehmer sei kein Kaufmann. Vor Erlaß des Allgem. Deutschen Handels-Gesetzbuchs hätte die Praxis des Hofes geschwankt; es hätten sich *gegen* die Qualität eines Bauunternehmers als Kaufmann ausgesprochen die Urtheile des Hofes:

vom 13. Dezember 1860 (Arch. Bd. 55, 1. S. 248),
„ 24. Dezember 1859 (Arch. Bd. 55, 1. S. 92),
„ 30. Januar 1854 (Arch. Bd. 49, 1. S. 158),
„ 28. Januar 1854 (ebenda),
„ 1. Januar 1824 (Arch. Bd. 6, 1. S. 53),
„ 15. November 1820 (Arch. Bd. 2, 1. S. 160.)

Ebenso ein Urtheil des Revisions- und Cassationshofes zu Berlin vom 27. Sept. 1847 (Arch. Bd. 42, 2A, S. 65.) *Für* die Kaufmanns-Qualität seien ergangen ein Urtheil vom 13. Mai 1824 (Arch. Bd. 6, 1. S. 206) und ein Urtheil vom 4. Dezember 1860 (Band 55, 1. S. 246) cf. auch

Digitized by Google

Urtheil vom 5. Dezember 1860 (ibid.) und Urtheil vom 17. Juli 1861 (Bd. 56, S. 117.) Der Preußische Entwurf zum Handels-Gesetzbuch habe nun im Art. 2, Nro. 6 (cf. Motive S. 8) die Bestimmung vorgeschlagen, daß als Kaufmann anzusehen sei „wer gewerbmäßig Lieferungen oder Bauten unternimmt." Allein auf der Nürnberger Conferenz sei diese Bestimmung rücksichtlich der Bauten schon in erster Lesung gefallen, und zwar um deswillen gefallen, weil man an manchen Orten Bedenken tragen würde eine derartige Kategorie von Kaufleuten anzuerkennen (Protokolle S. 406, 413, 512, 524, 525, 531, 535, 536.) Es sprächen demnach gegen die Qualification der Bauunternehmer als Kaufleute die Motive zum Handels-Gesetzbuch. — Es rechtfertige aber auch keine Bestimmung desselben eine solche Beurtheilung. Die Anschaffung von Materialien käme gar nicht bei allen Bauunternehmungen vor, und wo sie vorkäme geschehe sie nicht in der Absicht, die Materialien als solche weiter zu verkaufen. Auf den Gewinn aus der Anschaffung möge speculirt werden, allein dieser Gewinn werde nicht durch den Verkauf realisirt, sondern durch die Fertigstellung, die möglichst billigste Fertigstellung des Werks. Der Hauptgegenstand des Vertrages sei eine locatio conductio operis; diese sei also auch entscheidend für die Beurtheilung der rechtlichen Stellung des Bauunternehmers, und da sie kein Handelsgeschäft sei, weil sie sich nicht auf bewegliche Sachen beziehe, sondern nach Art. 1779 ff. 1788 des B.-G.-B. zu beurtheilen sei, so sei auch der Bauunternehmer kein Handelsmann. So habe auch das Handels-Appell.-Gericht zu Nürnberg in einem Urtheil vom 3. Juni 1864 (Goldschmidt Zeitschr. Bd. 8, S. 632, 633) mit überzeugenden Gründen für Recht erkannt.

Appellatischerseits bezog man sich dagegen auf das Urtheil des Hofes vom 4. Februar 1863 (Arch. Bd. 57, 1. S. 112) sowie auf das vom 3. Dezember 1862 (Arch. Bd. 57, 1. S. 78, 79), machte aber vor allem geltend, daß das Wiederaufnehmen der Incompetenz-Einrede, nachdem Appellant sich auf den Fond der Sache eingelassen und sogar eine Reconvention erhoben, unzulässig sei.

Der Hof verwarf die Incompetenz-Einrede als unbegründet, indem er erwog:

Digitized by Google

Daß die Zuständigkeit des vorigen Richters mit Rücksicht auf die Materie des Rechtsstreites in Frage gestellt war, die Competenz-Erklärung mithin ungeachtet der weiteren Einlassung der Berufung unterworfen blieb;

Daß zur Sache selbst aber sich die getroffene Entscheidung rechtfertigt, da der Appellant sich selbst als Bauunternehmer qualificirt und die thatsächlichen Umstände ergeben, daß er geleitet durch die Speculation auf Gewinn, gewerbmäßig Bauten für Andere unternimmt, deren Ausführung nicht nur die Leistung der Arbeiten durch fremde Hände, sondern auch den Ankauf von Materialien bedingt, bei deren Verwendung in das jedesmalige Unternehmen der beabsichtigte Gewinn das Wesentliche ist; daß diese Speculation aber das charakteristische Merkmal für Handelsgeschäfte bildet, Appellant daher als Kaufmann zu betrachten und nach Art. 273 des H.-G.-B. das hier fragliche Geschäft zu seinem Handel gehört.

I. Senat. Sitzung vom 24. Januar 1866.
Advokaten: Drewcke — Herbertz.

Cession. — Quittung. — Sicheres Datum.

Die Frage, ob im Sinne des Art. 1328 des B.-G.-B. der Cessionar im Verhältniß zum debitor cessus als Dritter zu betrachten ist, so daß ihm von dem Schuldner nur eine mit sicherm Datum versehene Quittung des Cedenten entgegen gesetzt werden kann, ist mit Rücksicht darauf daß die Doctrin und Jurisprudenz des älteren Rechtes, welches die Quelle des Art. 1328 bildet und in dessen Sinne dieser Artikel im Zweifel aufgefaßt werden muß, diese Frage verneinte, sowie auch im Hinblick auf die praktischen Bedürfnisse und in Uebereinstimmung mit der in der jetzigen Rechtsprechung überwiegend geltend gewordenen Meinung, verneinend zu entscheiden. — Demnach ist Artikel 1691 des B.-G.-B. maßgebend und tritt beim Streit über die Wahrheit des Datums der

Digitized by Google

Quittung die richterliche Beurtheilung nach den Umständen des Falles ein.

Probst — Thomas.

Obigen Satz sprach der Appell.-Ger.-Hof aus in nachstehender Sitzung.

III. Senat. Sitzung vom 16. März 1866.

Advokaten: Wallraf — Herbertz.

Urkundenfälschung des §. 252 des Str.-G.-B. — Legitimationsscheine für Waarentransport im Grenzbezirke. — Fälschliche Angabe der Bezugsquelle der Waare. — Controlbücher im Grenzbezirke.

Nach §. 252 des Str.-G.-B. ist nur derjenige zu verfolgen, welcher die öffentliche Beurkundung solcher Thatsachen erschleicht, die, sobald sie in dieser Form bezeugt sind, als **allgemein**, nämlich für und gegen Jedermann erwiesen gelten.

Ein nach den §§. 83 und ff. der Zollordnung vom 23. Januar 1838 ausgestellter Legitimationsschein zum Zwecke des Waarentransports im Grenzbezirke ist gesetzlich nicht bestimmt und geeignet, die Herkunft oder Bezugsquelle der darin bezeichneten Waaren **allgemein** zu beweisen; die desfallsige Angabe im Legitimationsscheine ist nur ein Motiv für die getroffene Verfügung; es macht sich daher der Waarenführer, welcher, wenn auch in gewinnsüchtiger Absicht, die Steuerbeamten zur Einführung einer unrichtigen Bezugsquelle bestimmt hat, der Urkundenfälschung im Sinne des §. 252 des Str.-G.-B. nicht schuldig.*)

Die nach dem Regulativ vom 18. April 1854 im Grenzbezirke von gewissen Handeltreibenden

*) Contra Urtheil des Ober-Tribunals vom 14. Dezember 1854 bei Goltdammer 3, S. 137. Oppenhoff; Str.-G.-B., Note 20 zu §. 252 des Str.-G.-B.

Digitized by Google

zu führenden Controlbücher über Ab- und Zugang in ihren Waarenbeständen bilden in den von ihnen ausgehenden Eintragungen keine Urkunden im Sinne des §. 247 des Str.-G.-B.; fälschliche Eintragungen sind daher keine Urkundenfälschungen.

Oeffentl. Ministerium — van Rüth.

Van Rüth in Brebern erschien bei dem Steueramte zu Heinsberg am 15. Juli und 21. Oktober v. J. jedesmal mit einer Quantität Waaren, die er seiner Erklärung zufolge und nach den von ihm producirten sogenannten Vorscheinen bei J. H. Düllge in Heinsberg gekauft hatte. In beiden Fällen hat das Steueramt, der Declaration und den Vorscheinen Glauben schenkend, die steuerfreie Herkunft angenommen und dem van Rüth für den Transport der Waaren im Grenzbezirk in Gemäßheit der §§. 83 u. ff. der Zollordnung vom 23. Januar 1838 Legitimationsscheine ausgestellt, in welchen gesagt ist, daß die Waaren aus der Handlung J. H. Düllge herrühren. Der nämliche Vermerk ist dann auch von van Rüth in seinem nach dem Regulative vom 18. April 1854 zu führenden Controlbuche über Ab- und Zugänge in seinem Waarenbestande eingetragen worden.

Van Rüth hat demnächst in der gegen ihn eingeleiteten Untersuchung zugestanden, die Vorscheine vom 15. Juli und 21 Oktober v. J. fälschlich angefertigt und die Waaren, worauf sie lauten, eingeschwärzt zu haben. Der Verdacht anderweitiger Zolldefraudationen lag gegen ihn vor.

Die Steuerbehörde hatte bei dem Oberprocurator in Aachen die Verfolgung des van Rüth beantragt 1) wegen Zolldefraudation in den Fällen vom 15. Juli und 21. Oktober v. J. 2) wegen Fälschung der beiden Vorscheine. §. 247 des Str.-G.-B. 3) wegen in gewinnsüchtiger Absicht bewirkter Herbeiführung einer falschen Beurkundung in den Legitimationsscheinen vom 15. Juli u. 21. Oktober v. J., in welcher Beziehung auf den §. 252 des Str.-G.-B. und eine Entscheidung des Kgl. Ober-Tribunals vom 14. Dezbr. 1864 Bezug genommen wurde; 4) wegen wissentlich unrichtiger Eintragungen in das Lagercontrolbuch, wodurch eine Urkundenfälschung im Sinne des §. 247 des Str.-G.-B.

Digitized by Google

begangen sein sollte; 5) wegen angeblicher früherer Zolldefraudationen.

Die Rathskammer des Landgerichts in Aachen hat den Beschuldigten vor das Zuchtpolizeigericht verwiesen wegen der am 15. Juli und 21. Oktober v. J. durch Betrug verübten Defraudationen, im Uebrigen außer Verfolgung gesetzt, und in dieser Hinsicht insbesondere angenommen, das Verbrechen der Fälschung von Legitimationspapieren liege nicht vor, die falschen Vorscheine stellten, da sie nur mit den Worten „Per J. H. Düllge" unterzeichnet seien, mangels einer wahrhaften Unterschrift, keine Urkunden dar, kämen daher nur als betrügerische Vorspiegelungen in Betracht; das Lagercontrolbuch falle soweit es von van Rüth selbst geführt werde, ebenfalls nicht unter den Begriff einer Urkunde im Sinne des §. 247 des Str.-G.-B., dasselbe habe nur den Zweck, die revidirenden Beamten bei der Controle der in das Geschäft gebrachten und verkauften Waaren zu unterstützen.

Auf die von der Staatsbehörde gegen diesen Beschluß eingelegte Opposition erging folgendes

Urtheil:

J. E., daß von der Rathskammer genügend ausgeführt ist, sowohl, daß die beiden incriminirten, in Wahrheit mit Unterschriften nicht versehenen Vorscheine vom 15. Juli und 21. Oktober v. J., als auch daß die entsprechenden unrichtigen Eintragungen, welche der Opposit in sein nach dem Regulativ vom 18. April 1854 zu führendes Controlbuch über Zu- und Abgang in seinem Waarenbestande bewirkt hat, Urkunden im Sinne des §. 247 des Str.-G.-B. nicht darstellen;

J. E., daß nun von der Königl. Steuerbehörde und in der Beschuldigung vom 9. Januar d. J. behauptet ist, es seien gegen den Opposiiten Anzeigen für das im §. 252 des Str.-G.-B. vorgesehene Verbrechen der Urkundenfälschung in so fern gegeben, als derselbe in gewinnsüchtiger Absicht die betreffenden Beamten des Steueramtes in Heinsberg inducirt habe, in den Legitimationsscheinen vom 15. Juli und 21. Oktober v. J. fälschlich die Thatsache als geschehen zu beurkunden, daß die vermerkten Waarenquantitäten von der Handlung Düllge in Heinsberg bezogen worden seien;

Digitized by Google

J. E., daß durch die im allegirten §. 252 niedergelegte Strafandrohung eine erhöhte Garantie für die Richtigkeit derjenigen Thatsachen bezweckt wird, welche, sobald sie als geschehen öffentlich beurkundet sind, für allgemein d. h. für und gegen Jedermann erwiesen angesehen werden müssen, sei es, weil deren Beurkundung als auf der eigenen Wahrnehmung und dem Zeugnisse des hierzu berufenen Beamten beruhend gedacht ist, sei es, weil specielle Gesetze, wie dies bei den Thatsachen des Civilstandes im Gebiete des Rheinischen Rechts der Fall ist, den declarirenden Privatpersonen einen besonderen Glauben beigelegt wissen wollen;

Daß gerade die uneingeschränkte Beweiskraft des so als Thatsache bezeugten das Motiv zur Strafbestimmung des §. 252 abgibt, die daher auf Privaturkunden keine Anwendung findet, da dieselben nur geeignet sind, das in ihnen Bezeugte relativ darzustellen;

J. E., daß hiernach zu untersuchen ist, in welchem Sinne in den gedachten Legitimationsscheinen, die an sich als öffentliche Urkunden zu gelten haben, die Angabe hinsichtlich der Herkunft der Waaren erfolgt ist und gesetzlich erfolgen konnte;

Daß die §§. 83, 86 und 87 der Zollordnung vom 23. Januar 1838, worin die rechtliche Bedeutung der Legitimationsscheine auseinandergesetzt ist, der Enunciation, es stammen die zum steuerfreien Transport geeignet befundenen Waaren aus dieser oder jener Quelle her, den Charakter eines auf das Zeugniß des Beamten, geschweige des Waarenführers basirten allgemein gültigen Beweises der Thatsache selbst nirgendwo beilegen, auch ohne Gefährdung anderweitiger Interessen nicht wohl beilegen konnten, wie es denn beispielsweise einleuchten müßte, daß dem Kaufmanne Düllge gegenüber, wenn es sich um Ordnungsmäßigkeit seines Lager-Controlbuches handelte, die Angabe der Legitimationsscheine, wonach er an den bestimmten Tagen dem Oppositen die vermerkten Waarenquantitäten überlassen haben soll, nichts zu beweisen, höchstens eine thatsächliche Vermuthung abzugeben vermöchte;

Daß nach dem citirten §. 86 ein solcher Legitimationsschein wesentlich nur die Verfügung des zuständigen Beamten enthält, es solle die vermerkte Waare auf dem bestimmten Wege und zur bestimmten Zeit ungehindert passiren können; und im Verhältnisse zu dieser Disposition die vom Gesetze als Bestandtheil des Scheins nicht einmal geforderte Erwähnung des

Digitized by Google

Bezugsorts der Waare lediglich, wie auch der §. 87 der Zollordnung es ausspricht, den Werth eines Motivs für die getroffene Entscheidung hat, mit anderen Worten besagen will, es habe der Aussteller des Legitimationsscheines nach Prüfung der Sachlage sich von der Richtigkeit der angegebenen Bezugsquelle genügend überzeugt;

Daß es zwar den Beamten in Heinsberg gestattet sein und selbst zweckmäßig erscheinen konnte, ein derartiges Zeugniß über ihre subjective Auffassung in Betreff der Herkunft der Waaren in den Legitimationsscheinen selbst niederzulegen, ein solches Zeugniß indeß durch diesen formellen Umstand selbstverständlich eine ihm gesetzlich fremde Natur nicht erlangen kann, und daher auch nicht abzusehen ist, wie der Oppositt dadurch, daß er die in Wahrheit bei den Ausstellern der Scheine leitend gewesenen und in diesem Sinne referirten Motive durch Vorspiegelungen erschlichen hat, sich des Verbrechens der Herbeiführung von objectiv falschen Urkunden schuldig gemacht haben sollte;

Daß, hätte das Gesetz weiter gehen und dem bloßen Entscheidungsgrunde gegen die Natur der Sache, die Kraft eines allgemein wirksamen Beweises der Thatsache des da oder dort bewirkten Waarenbezugs selbst beilegen wollen, eine desfallsige ausdrückliche Vorschrift unerläßlich gewesen, und nur unter dieser Voraussetzung die dolose Einwirkung auf die falsche Beurkundung der Thatsache unter den §. 252 des Str.-G.-B. gefallen sein würde;

Daß hiernach der erste Richter mit Recht in dem Verhalten des Oppositen, wodurch er auf die Ansicht und Entschließung der Aussteller der Legitimationsscheine in gemeinsüchtiger Absicht Einfluß übte, nur einen Fall der betrügerischen Steuerdefraudation erblickt hat;

J. E., schließlich, daß in den Verhandlungen insbesondere bei dem Mangel völliger Glaubwürdigkeit des Hauptbelastungszeugen genügende Beweise früherer Defraudationen gegen den Oppositen nicht vorliegen, der Einspruch daher zu verwerfen ist;

Aus diesen Gründen

verwirft der Appell.-Ger.-Hof die gegen den Beschluß der Strafrathskammer des Königlichen Landgerichts zu Aachen vom 15. März d. J. eingelegte Opposition als nicht begründet.

Anklage-Senat. Sitzung vom 26. März 1866.

Digitized by Google

Wechſelprozeß im Gebiete des Rhein. Rechtes. — Einreden gegen Wechſelſchuld. — **Res judicata** bei Verurtheilungen wegen Wechſelſchulden. — Wechſel für Spielſchuld. — Einrede gegen den dritten Wechſelinhaber. — Rückforderung der gezahlten Wechſeljudikatſumme.

Im Gebiete des Rhein. Rechtes gibt es für Klagen aus Wechſeln keinen Wechſelprozeß, namentlich nicht in dem Sinne, daß auf die aus dem Verhältniſſe des Verklagten zu dem Kläger entſpringenden, an ſich zuläſſigen Einreden gegen die Wechſelklage nur inſofern Rückſicht zu nehmen ſei, als dieſelben ſofort dargethan werden können. (§. 7. des Einf.-Geſ. z. Allgem. Deutſchen Wechſ.-Ordn.)

Wie bei gewöhnlichen Klagen hat daher auch bei Wechſelklagen die rechtskräftige Verurtheilung den Verluſt aller an ſich zuläſſigen Einreden, insbeſondere auch derjenigen zur Folge, welche nicht aus dem Wechſel ſelbſt, ſondern aus dem zwiſchen Kläger und Verklagten beſtehenden Verhältniſſe entſpringen.

Ebendeshalb können Thatſachen, **welche geeignet waren, eine Einrede gegen die Wechſelklage zu begründen**, aber als ſolche nicht geltend gemacht worden ſind, dem rechtskräftig verurtheilten Verklagten nicht dazu dienen, um im Wege einer **Schadenserſatzklage** vom früheren Kläger die Rückerſtattung der eingezogenen Judikatſumme als Erſatz einer dem Verklagten vom Kläger durch die Erwirkung und Vollſtreckung des Urtheils zugefügten Vermögensbeſchädigung zu verlangen.

Einer ſolchen Schadenserſatzklage gegenüber bildet die frühere rechtskräftige Verurtheilung res judicata.*)

*) Selbſtverſtändlich iſt dadurch nicht ausgeſchloſſen, daß aus einem andern Rechtsgrunde die, kraft der Verurtheilung gezahlte Wechſelſumme nachträglich von dem Verklagten aus den Händen

Digitized by Google

Die Thatsache, daß dem Wechsel eine Spielschuld des Acceptanten gegen den Zieher zu Grunde liegt, begründet für den Acceptanten eine Einrede gegen die Wechselklage des Ziehers.

Sie kann auch eine Einrede gegen den dritten Wechselinhaber geben, wenn hinzukommt, daß der Inhaber durch die Ausübung des ihm formell zustehenden Wechselrechtes sich einer Arglist gegen den Acceptanten schuldig macht, — und dies ist insbesondere dann der Fall, wenn er lediglich im Interesse des Ziehers den an ihn indossirten Wechsel geltend macht, um durch seine Mitwirkung dem Zieher zur Erlangung des Spielgewinnes zu verhelfen.**)

---

des Klägers zurückgefordert werden kann. Das Urtheil, welches auf Grund eines Darlehnsversprechens zur Hingabe des Darlehns verurtheilt, kann dem Verurtheilten nicht entgegengesetzt werden, wenn er demnächst zur geeigneten Zeit die Rückgabe der Darlehnssumme verlangt. Dasselbe ist der Fall, wenn die Wechselsumme, zu deren Zahlung der Acceptant dem Zieher gegenüber verurtheilt worden ist, kraft des unter ihnen bestehenden Verhältnisses einen Vorschuß bildet, den der Acceptant nach Beendigung des Creditverhältnisses zurückverlangt. — Ueberhaupt kommt Alles darauf an, ob die Thatsache, aus welcher das Rückforderungsrecht hergeleitet wird, schon zur Zeit der Wechselklage vorliegt und ob sie an sich geeignet ist, eine Einrede gegen die Wechselklage zu begründen.

**) So streitig auch die Frage ist, inwiefern aus dem, dem Wechsel unterliegenden Verhältnisse eine Einrede gegen die Wechselschuld seitens des Wechselgebers dem Wechselnehmer gegenüber entnommen werden kann, so ist doch in Betreff der Einrede, daß dem Wechsel eine ungültige oder nicht klagbare Spielschuld zu Grunde liege, sowohl in Deutschland wie in Frankreich die Jurisprudenz ziemlich einstimmig für die Zulässigkeit. Vergl. Thöl, Wechselrecht. §. 322 p. 717. Kletke, Präjud. S. 226 Nro. 576. Renaud. M.-R p. 202 Sir. V. coll. nouv. 3, 2, 31; 4, 1, 648; 8, 1. 467; 16, 1, 212; 27, 1, 66; 42, 1, 438; 55, 2, 170; 56, 2, 16; 57, 2, 525. Tropl. Jeu Nro. 61 u. 196. Pont, petits contr. 1. Nro. 638 p. 315. Contra: Volkmar u Löwy. Deutsche Wechselordnung. p. 293.

Was die Zulässigkeit der Einrede gegen den dritten Wechselinhaber betrifft, so nimmt die franz. Jurisprudenz dieselbe schon dann an, wenn der Dritte Kenntniß davon hat, daß dem ihm übertragenen Wechsel eine Spielschuld zu Grunde liegt. Vergl. Pont l. c. p 316. Sir. V. 54, 1, 313 u 763;

Digitized by Google

Dewald — Fett.

Im September 1864 zog Jos. Hecht in Coblenz auf den Uhrmacher Heinrich Fett daselbst vier Wechsel über zusammen 1600 Rthlr., an eigene Ordre und indossirte dieselben, nachdem sie von Fett acceptirt worden waren, an den Kaufmann Nathan Dewald in Alsheim. Auf Grund dieser auf Sicht lautenden Wechsel ließ Dewald unter dem 18. Februar 1865 den Acceptanten Fett zum Kgl. Handelsgerichte in Coblenz laden, um sich zur Zahlung von 1600 Thlr nebst Accessorien verurtheilen zu hören. Der Beklagte setzte der Klage entgegen, daß die Accepte als Versprechen, einen im Hazardspiel mit dem Zieher Hecht erlittenen Verlust zu bezahlen, ausgestellt worden seien, erbot für diese Behauptung Beweis durch Zeugen und schob subsidiarisch dem Kläger Dewald einen Eid darüber zu: ob er nicht gestehen müsse, von vorstehend artikulirten Thatsachen Kenntniß zu haben, diese Kenntniß auch bereits gehabt zu haben, als die Wechsel auf ihn übertragen wurden; daß er auch nicht wirklicher Eigenthümer der Wechsel sei, die Valuta derselben nicht bezahlt habe, sondern nur seinen Namen zur Eintreibung der Forderung für den Hecht hergebe.

Das Handelsgericht verwarf durch Urtheil v. 20. Februar 1865 die vorgebrachten Einwendungen als unbegründet und verurtheilte den Beklagten der Klage gemäß.

Von diesem Urtheile ergriff der Beklagte Berufung und schob in der Appellinstanz dem Kläger einen Eid darüber zu: ob es nicht wahr sei, daß er nur seinen Namen zur Eintreibung der Wechsel für Hecht hergebe, vielmehr wahr, daß er wirklicher Eigenthümer der eingeklagten Wechsel sei und die Valuta bezahlt habe; — erbot dann subsidiarisch Beweis durch Zeugen, daß die eingeklagten Wechsel statt Zahlung eines Verlustes im Hazardspiel von ihm acceptirt worden seien und schob mehr subsidiarisch auch hierüber dem Kläger einen Eid zu, nöthigenfalls mit dem Zusatze, daß er hiervon nicht schon zur Zeit, als die Wechsel ihm, Dewald, übertragen wurden, Kenntniß gehabt habe; und artikulirte

---

53, 2, 231; 59, 2, 88. Unter der Deutschen Wechselordnung wird die bloße Kenntniß des dritten nicht für ausreichend erachtet. Vergl. Erkenntniß d. O. A. G. zu Lübeck v. 29. Jan. 1852. Borchardt M. O. p. 273. Nro. 490.

Digitized by Google

endlich noch, das Hazardspiel habe darin bestanden, daß der Besitz der vier höchsten Karten über den gewetteten Satz entschied; Hecht habe sogleich als er die Karten gab, die vier höchsten Karten des Spieles erhalten, nun die Sätze gesteigert und, wie geschehen, nothwendig gewinnen müssen. Durch Urtheil vom 13. März 1865 entschied der Appellationshof, wie folgt:

J. E., daß das Eigenthum der von Hecht auf den Appellanten Fett gezogenen und von Letzterem acceptirten Wechsel durch ein regelmäßiges Indossament auf den Appellaten übergegangen ist, und daß es nach der Natur des durch die Wechselverpflichtung begründeten Literalvertrages dem Indossaten gegenüber an sich unerheblich ist, welcher Verpflichtungsgrund der Wechselacceptant gegen den Aussteller hatte, hiernach aber die Eigenthümlichkeit dieses Verpflichtungsgrundes, außer dem besonderen Falle, wo es sich von Personen handelt, welche sich in Betreff der Wechselverpflichtung unmittelbar gegenüber stehen, die Rechte des Indossatars nicht berührt;

Daß es aus diesem Grunde — die bezeichnete Ausnahme abgerechnet, — nicht darauf ankommt, ob der Wechselinhaber seinem Indossanten die Valuta bezahlt hat und daß, weil das formell gültige Indossament das Eigenthum des Wechsels überträgt, Appellant auch mit dem Einwande, daß der Appellat nur seinen Namen zur Einziehung der Wechsel hingebe, nicht gehört werden kann;

Daß auch der Beweis darüber, daß der Verpflichtungsgrund des Appellanten dem Zieher gegenüber eine Schuld aus Hazardspiel sei, nach dem schon Angeführten für sich allein unerheblich und daher der desfallsige Beweisantrag nicht zu berücksichtigen ist;

Daß jedoch die Eides-Delation des Appellanten unter Nro. IV. seines Antrages geeignet ist, persönliche Arglist des Appellanten beim Erwerb der Wechsel darzuthun, und diesem Antrage daher zu deferiren ist;

Aus diesen Gründen

gibt der Kgl. Rhein. Appell.-Ger.-Hof vor weiterer Entscheidung dem Appellanten auf, einen Eid dahin zu leisten:

daß es nicht wahr sei, daß er zu der Zeit als die eingeklagten Wechsel auf ihn indossirt wurden, Kenntniß

Digitized by Google

davon gehabt habe, daß diese Wechsel von dem Appellanten statt Zahlung eines Verlustes im Hazardspiel acceptirt worden sind, u. s. w.

Nachdem Dewald diesen Eid verneinend ausgeschworen, verwarf der Appellationshof durch weiteres Urtheil v. 9. Mai dess. J. die Berufung.

Dewald ließ nun das Urtheil vollstrecken. Fett zahlte die 1600 Thlr. nebst Zinsen und Kosten an den mit der Exekution beauftragten Gerichtsvollzieher, legte aber sofort auf Grund einer bereits vorher erwirkten Ordonnanz in die Hände desselben Gerichtsvollziehers gegen Dewald Arrest an, indem er geltend machte, daß er gegen diesen einen Schadensanspruch von 1700 Thlr. habe.

Dieser Schadensanspruch wurde auf diejenigen Artikulationen gestützt, über welche demnächst der Arrestleger Fett bei dem Kgl. Landgerichte zu Coblenz, zu welchem Dewald ihn auf Aufhebung des Arrestes hatte belangen lassen, Beweis erbot.

Es wurde nämlich sub 1. angeführt: Der Kläger Dewald habe dem Beklagten Fett einen Schaden von 1700 Thlr. dadurch zugefügt, daß er dem Jos. Hecht behülflich gewesen, eine Forderung von 1600 Thlr. nebst Zinsen und Kosten, welche aus einem betrüglichen ungültigen Spiele herrührte, einzutreiben; Dewald habe die fraglichen Wechsel dem Hecht nicht bezahlt, sei jedenfalls durch Reverse und Deckung so gesichert gewesen, daß er persönlich keinen Schaden erleiden konnte; er habe nur seinen Namen hergegeben, um diesen Betrag einzuziehen;

sub 2. wurde sodann der Hergang des zwischen Hecht und dem Beklagten Fett stattgehabten Spieles, namentlich auch ein auf Betrug deutendes Manöver näher artikulirt und schließlich hinzugefügt, Dewald habe diesen Hergang bei Anstellung der Wechselklage, jedenfalls im Laufe des Prozesses gewußt, und nichts desto weniger die Klage erhoben und fortgesetzt.

Dewald bestritt diese Artikulationen als irrelevant und ungegründet. — Das Landgericht erwog hierauf, daß die frühere Verurtheilung des Fett zur Zahlung der Wechselschuld an den Arrestanten Dewald an und für sich nicht die spätere, ihrem Grunde nach verschiedene Arrestklage des Fett auf Schadenersatz wegen dolus des Arrestverklagten

Digitized by Google

Dewald ausschließe, sondern nur insofern unzulässig mache, als bereits in jenem Wechselprozesse über dieses Klagefundament entschieden worden sei. Durch den in jenem Prozesse geleisteten Eid stehe indeß nur fest, daß Dewald zur Zeit der Indossirung der Wechsel nicht gewußt, daß dieselben von Fett wegen einer Hazardspielschuld ausgestellt worden; es sei daher die jetzige Schadensklage nur insoweit zulässig, als sie sich auf die fernere Behauptung stütze, daß Dewald nach Indossirung der Wechsel auf ihn von jener Entstehungsart Kenntniß erlangt und im Einverständniß mit Hecht von der Zahlung der Valuta entbunden oder gegen jeden Schaden sicher gestellt worden sei nnd demnächst, während auf diese Weise die materiellen Wirkungen des Indossaments durch diese Vereinbarung aufgehoben worden, Dewald thatsächlich und bewußt nur den Namen geliehen habe, um die ursprünglich als Spielschuld nicht klagbare Wechselforderung einzuklagen.

Aus diesen Erwägungen ließ das Landgericht durch Urtheil vom 3. Juli 1865 den Arrestimpetranten Fett zum Beweise durch Zeugen über diejenigen Thatsachen zu, welche den dolus des Dewald nach Indossirung der Wechsel und die Entstehungsart der Wechsel betrafen.

Von diesem Urtheile ergriff Dewald die Berufung und beantragte unter Reformation des Urtheils den Arrest als nichtig und wirkungslos, jedenfalls als ungegründet aufzuheben. Sein Vertreter stellte der Forderung des Appellaten namentlich die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen, welche er aus dem vom Appellationshofe bestätigten Urtheile des Handelsgerichts zu Coblenz vom 3. Juli 1865 und der darin ausgesprochenen Verurtheilung des Appellaten zur Zahlung der Wechselsumme herleitete.

Für den Appellaten wurden die Beweisanträge erster Instanz in ihrem ganzen Umfange wiederholt und subsidiarisch statt des Zeugenbeweises der Eid deferirt. Gegen den Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache wurde namentlich angeführt, daß in dem Verfahren über die Wechselklage die Berechtigung des Appellanten zu der erhobenen Wechselklage, seine Legitimation zu dem geltend gemachten wechselmäßigen Anspruch, auf Grund des formel richtigen Indossaments habe angenommen werden müssen, und vom Appellationshofe auch lediglich aus diesem Grunde angenommen worden sei; daß dagegen

Digitized by Google

die Behauptung des Appellaten, jenes Indoſſament ſei durch Vereinbarung zwiſchen dem Indoſſanten Hecht und dem Appellanten als Indoſſatars materiell wieder aufgehoben und demnach im Wege einer doloſen Simulation gegen den Appellaten geltend gemacht worden, als Einwand gegen den wechſelmäßigen Anſpruch des Appellanten in dem früheren Prozeſſe nicht habe vorgebracht werden können.

Der Hof erließ folgendes

Urtheil:

J. E., daß Appellat durch das in II. Inſtanz beſtätigte und rechtskräftig gewordene Urtheil des Kgl. Handelsgerichts zu Coblenz vom 20. Februar pr. auf die vom Appellanten erhobene Wechſelklage ſchuldig erklärt und verurtheilt worden iſt, die Summe der, der Klage zu Grunde liegenden 4 Wechſel nebſt Zinſen und Koſten zu bezahlen und dieſe Judicatſumme in die Hände des mit der Execution des Urtheils beauftragten Gerichtsvollziehers gezahlt hat;

Daß der Anſpruch, welchen Appellat im Wege eines gegen den Appellanten bei dem jene Judicatſumme in Hände habenden Gerichtsvollzieher angelegten Arreſtes geltend macht, ſeiner rechtlichen Natur nach im Weſentlichen ſich dahin qualificirt, daß Appellant durch die Erhebung jener Wechſelklage und die Erwirkung und Vollſtreckung des der Klage entſprechenden Urtheils nicht nur objectiv das Vermögen des Appellaten um den Betrag der ganzen Summe, welche Appellat habe zahlen müſſen, beſchädigt, ſondern auch ſubjectiv durch jene gerichtlichen Schritte ſich einer rechtswidrigen Handlung gegen den Appellaten ſchuldig gemacht habe, indem er Kenntniß davon gehabt, daß die fraglichen 4 Wechſelverſprechen, vom Appellaten, dem Ausſteller dieſer Wechſel, Joſ. Hecht, für eine im Hazardſpiel mit demſelben und ſogar durch Betrug des Mitſpielers entſtandene Schuld gegeben worden ſeien, und Appellat nur um dem Hecht, welcher direct jene Wechſelverſprechen gegen den Appellaten nicht habe geltend machen können, weil ihm die Einrede des dolus und der Unklagbarkeit einer Spielſchuld entgegengeſtanden, zur Erlangung der Wechſelſumme indirect zu verhelfen, jene gerichtliche Wechſelklage auf Grund eines Scheinindoſſaments erhoben und die Verurtheilung des Appellaten herbeigeführt habe,

Digitized by Google

sonach auch persönlich verpflichtet sei, den durch diese gerichtlich erzwungene Zahlung ihm verursachten Schaden zu ersetzen;

J. E., daß diesem Anspruche Appellant die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache mit Recht entgegensetzt.

Daß nämlich zunächst im Allgemeinen die rechtskräftige Verurtheilung des Verklagten die Wirkung hat, das zwischen den Parteien bestehende, durch die Klage geltend gemachte Rechtsverhältniß und den daraus vom Kläger hergeleiteten Anspruch definitiv festzustellen, dergestalt, daß gegen diese Feststellung aus dem der Klage zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse keinerlei Einwendungen mehr hergeleitet werden können, vielmehr nicht bloß die wirklich geltend gemachten, sondern auch die etwa gegründeten aber nicht geltend gemachten andern Einreden und Einwendungen für immer beseitigt sind;

Daß der Anwendung dieses unbestrittenen Fundamentalgrundsatzes auf den vorliegenden Fall auch nicht der Umstand entgegensteht, daß die angezogene rechtskräftige Verurtheilung des Appellaten auf Grund einer Wechselklage in Geltendmachung der von dem Appellaten gemachten Wechselversprechen erfolgt ist, da einestheils das geltende materielle Recht und insbesondere die Allgem. Deutsche Wechselordnung auch bei der wechselmäßigen Verpflichtung den Verpflichteten berechtigt, außer den Einwendungen, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen, auch alle sonstigen Rechtsgründe geltend zu machen, welche aus dem zwischen ihm und dem jedesmaligen Inhaber und Kläger bestehenden Rechtsverhältnisse entspringen und geeignet sind, den formell begründeten Wechselanspruch des Inhabers materiell wegen des persönlichen Verhältnisses des Inhabers zum Wechselschuldner zu zerstören; anderntheils das Rheinische Prozeßrecht einen besondern Wechselprozeß, namentlich nicht in dem Sinne kennt, daß der Verklagte behindert ist, gewisse nicht aus dem formalen Wechselrecht, sondern aus dem persönlichen Verhältnisse der Parteien, dem materiellen Rechte nach, entspringende Einrede sei es überhaupt oder für den Fall der Illiquidität geltend zu machen, hiernach also die rechtliche Möglichkeit nicht besteht, daß der Wechselschuldner auf Grund der Wechsel zunächst verurtheilt werde zu zahlen, und erst demnächst in einem besondern Verfahren darüber entschieden würde, ob der Wechselkläger in Folge der nähern Prüfung und Rechtfertigung solcher materiellen Einreden, welche bei der Entscheidung

Digitized by Google

über die eigentliche Wechselklage aus lediglich prozessualischen Gründen unberücksichtiget und vorbehalten bleiben mußten, — nachträglich für verpflichtet zu erklären sei, das im Wechselprozeß Erstrittene dem Verurtheilten wieder zu erstatten;

Daß vielmehr die Verschiedenheit des wechselmäßigen Anspruchs von einer gewöhnlichen Forderung bezüglich der dagegen zulässigen Einwendungen nur darin besteht, daß Einreden, welche aus der Person des ursprünglichen Wechselgläubigers oder anderer Wechselberechtigten Kraft des zwischen diesen und dem Wechselschuldner bestehenden Rechtsverhältnisses entnommen werden können, dem Wechselinhaber, welcher diesem besondern Rechtsverhältnisse fremd ist, nicht entgegenzusetzen sind;

Daß demnach die Verurtheilung des Wechselschuldners zu Gunsten des Wechselinhabers zwar objectiv eine Vermögensbeschädigung des Schuldners darstellen kann, für welche ihm der ursprüngliche Wechselgläubiger Ersatz zu leisten hat, niemals eine solche Beschädigung, für welche der die Verurtheilung bewirkende Inhaber selbst aufzukommen hat, da das zwischen ihm und dem Wechselschuldner bestehende Rechtsverhältniß, welches erforderlich wäre, eine solche Schadensersatzforderung zu begründen, auch ausreichend wäre, bei richtiger Vertheidigung und richtiger Entscheidung über die Wechselklage die Verurtheilung des Wechselschuldners rechtlich unmöglich zu machen, — die einmal erfolgte rechtskräftige Entscheidung aber nicht bloß die Prüfung der Richtigkeit derselben sondern auch das Zurückkommen auf damals schon bestehende Thatsachen ausschließt, welche als Einwendungen gegen die Wechselklage hätten vorgebracht werden müssen, aber nicht vorgebracht worden sind;

Daß daher die Behauptung des Appellaten, Appellant habe ihm für die gegen ihn erwirkte Verurtheilung und deren Vollstreckung Ersatz zu leisten, da sie sich auf Thatsachen stützt, welche dieser Verurtheilung vorhergehen, mit der durch Autorität der rechtskräftigen Entscheidung geschützten Feststellung, daß Appellat schuldig sei, dem Appellanten die Wechsel zu bezahlen, in directem Widerspruch steht und demnach der darauf gestützte Schadensersatzanspruch unzulässig ist;

Daß insbesondere die Unvereinbarkeit des jetzigen Anspruchs des Appellaten mit seiner rechtskräftigen Verurtheilung nicht

Digitized by Google

dadurch beseitigt werden kann, daß, wie für den Appellaten angeführt wird, bei der Entscheidung über die Wechselklage die Legitimation des Appellanten zu dieser Klage aus dem formalen Grunde eines äußerlich richtigen Indossaments habe angenommen werden müssen, während der gegenwärtige Anspruch des Appellaten darauf beruhe, daß jenes Indossament nur zur Durchführung der dolosen Absicht des Hecht, zu welcher Appellant wissentlich behülflich gewesen simulirt worden sei; — da der Einwand der Simulation des Wechselgiro's, wenn er sich als Einwand des dolus charakterisirt, auch der Wechselklage gegenüber zutreffend ist und daher bei Strafe des Verlustes in dem Verfahren über die Wechselklage vorgebracht werden muß;

Daß ein Gleiches auch von der jetzigen Behauptung des Appellaten gilt, gemäß welcher erst nach dem Indossament die Simulation practizirt worden sei;

J. E., daß demnach der erste Richter die Rechtskraft des früher ergangenen Urtheils verletzt hat, indem er, statt auf die desfalls erhobene Einrede des Appellanten den Anspruch des Appellaten für ungerechtfertigt zu erachten und den zu seiner Geltendmachung angelegten Arrest aufzuheben, nur diejenigen zur Begründung des Schadenserſatzanspruches vorgebrachten Thatsachen, welche bereits in dem Verfahren über die Wechselklage als Einrede geltend gemacht und unmittelbar Gegenstand der frühern Entscheidung waren, beseitigt, dagegen andere damals nicht vorgebrachte Thatsachen, welche seinem Ermessen nach zur Begründung des jetzigen Anspruchs ausreichen, zum Gegenstand eines fernern Beweisverfahrens gemacht hat;

J. E., daß schließlich auch aus dem Gesichtspunkte einer Klage wegen Bereicherung mit dem Schaden des Andern der vorliegende Anspruch des Appellaten gegenüber der frühern rechtskräftigen Verurtheilung nicht gerechtfertigt werden kann, da es zunächst im Allgemeinen selbstredend mit der Autorität der Rechtskraft unvereinbar ist, eine rechtskräftige Entscheidung bezüglich derjenigen Parteien, zu Gunsten deren sie ergangen ist, als eine Bereicherung auf Kosten der unterliegenden Partei zu betrachten, welche als unrechtmäßiger Gewinn, der letzern zu erstatten sei; — sodann aber, was die Besonderheit des Wechselrechtes betrifft, die Allgem. Deutsche Wechselordnung (§. 83) eine solche Bereicherungsklage nach

Digitized by Google

Entscheidung über die Wechselklage nur dem Kläger gestattet, wenn er mit seinem wechselmäßigen Anspruch wegen Präjudicirung des Wechsels als solchen und wegen des daraus entspringenden Verlustes des formalen Wechselrechtes abgewiesen wird, und für diesen Fall eine solche nachträgliche Klage mit dem frühern abweisenden Urtheile um deswillen nicht im Widerspruche steht, weil dem Kläger, welcher seine Klage lediglich auf den Wechsel gestützt hat, wegen des Verbotes der Aenderung des Klagefundamentes nicht gestattet ist, in demselben Verfahren seinen Anspruch auch auf die dem Verklagten nach Umständen aus dem Erlöschen des formalen Wechselrechtes entspringende Bereicherung zu stützen, der Kläger sonach dieses Rechtsgrundes durch die Entscheidung über den rein wechselmäßigen Anspruch nicht verlustig werden kann, während der Verklagte auch im Falle einer eigentlichen Wechselklage berechtiget und ebendeshalb verpflichtet ist, nicht bloß die eigentlichen Wechseleinreden sondern auch alle übrigen materiellen Einwendungen, aus welchem Rechtsgrunde sie entspringen mögen, zur Beseitigung der Wechselklage vorzubringen und eine materielle Prüfung derselben Seitens des Richters zu erzwingen;

Daß hiernach der vom Appellaten angelegte Arrest zwar in Ermangelung von Richtigkeitsgründen nicht als nichtig, wohl aber Mangels einer gerechtfertigten Forderung als ungegründet aufgehoben werden muß, und dem Appellaten falls wirklich die Sache sich so verhält, wie er angibt, nur übrig bleibt, durch einen gegen Hecht bei dem Appellanten anzulegenden Arrest sich dasjenige zu sichern, was Appellant dem Hecht aus der angegebenen Operation noch verschulden soll;

Aus diesen Gründen

hebt der Rh. Appell.-G.-H. unter Reformation des Urtheils des Kgl. Handelsgerichtes zu Coblenz vom 3. Juli p. den auf Anstehen des Appellaten wider den Appellanten bei dem Gerichtsvollzieher Custor in Coblenz am 17. Juni p. für den Betrag von 1700 Thlr angelegten Arrest als unbegründet auf und verurtheilt den Appellaten zum Ersatz des dem Appellanten durch die Arrestanlage zugefügten näher zu liquidirenden Schadens, sowie in die Kosten beider Instanzen.

III. Senat. Sitzung vom 12. Januar 1866.

Advokaten: Nacken — Forst.

Digitized by Google

Curatel. — Deciſoriſcher Eid.

Behauptet Jemand, mit einem Curanden, welchem durch Urtheil der Abſchluß der im Art. 513 des B.-G.-B. erwähnten Geſchäfte ohne Mitwirkung des Curators unterſagt iſt, ein ſolches Geſchäft **vor** Verhängung der Curatel mündlich abgeſchloſſen zu haben, ſo kann er demſelben hierüber einen deciſoriſchen Eid zuſchieben. Es bedarf keiner Eideszuſchiebung an den Curator über deſſen Wiſſenſchaft; dieſer kann das Geſchäft nur dann angreifen, wenn er beweiſ't daß die eidliche Erklärung des Curanden auf einer Collition beruht.

Braun — Faſen und Schmitt.

Gegen Faſen war Seitens eines Verwandten bei dem Landgerichte in Trier Klage auf Interdiction erhoben worden. Dieſe Klage wurde zurückgewieſen, dem Beklagten jedoch unter Beiordnung des Curators Schmitt unterſagt, die in Art. 513 des B.-G.-B. erwähnten Rechtsgeſchäfte ohne Aſſiſtenz des Curators vorzunehmen. Nach Beendigung des Verfahrens erhob der Wirth Braun gegen Faſen und deſſen Curator eine Klage bei dem Landgericht in Trier auf notarielle Verbriefung eines mit Faſen vor Erlaß des landgerichtlichen die Curatel anordnenden Urtheils, abgeſchloſſenen, den Tauſch von zwei Grundſtücken betreffenden Geſchäfts und ſchob dem Curanden einen Eid über dieſe Thatſache zu. Die Beklagten beſtritten die Klage; das Landgericht wies die Klage zurück, weil der deciſoriſche Eid ein Vergleich ſei, der ohne die freie Mitwirkung des Curators vom Curanden nicht abgeſchloſſen werden könne. Braun ergriff die Berufung und ſchob dem Curanden den bereits erwähnten ſodann aber auch event. dem Curator den Eid darüber zu, ob er nicht wiſſe, daß das artikulirte Geſchäft wirklich vor der Curatel abgeſchloſſen worden ſei. Der Hof erließ nachſtehendes

Urtheil:

In E., daß es ſich im vorliegenden Falle von einem Tauſchgeſchäfte handelt, welches der Appellat Faſen mit dem Appellanten Braun zu einer Zeit geſchloſſen haben ſoll, ehe er unter die Curatel des Mitappellaten Schmitt geſtellt

Digitized by Google

wurde, und wenn dasselbe erwiesen würde, an dessen Gültigkeit nicht gezweifelt werden könnte; daß der Richter aber den Eid, welchen Braun dem Fasen, über die fragliche Uebereinkunft zugeschoben hat, um deswillen für unzulässig erklärt hat, weil der Schiedseid die Natur eines Vergleichs habe, den der Curand nach Art. 513 B.-G.-B. ohne Zustimmung des Curators nicht abschließen könne, dieser aber seine Zustimmung durch Bestreiten der Klage verweigere, seine Zustimmung auch durch den ihm event. über seine Wissenschaft zugeschobenen Eid nicht ersetzt werden könne. Daß es nun aber zunächst Bedenken unterliegt, daß dem neueren Rechte die obige, dem römischen Rechte entliehene Anschauung entspreche, indem auch der decisorische Eid nach seiner Bedeutung im B.-G.-B. vielmehr als Beweismittel aufzufassen ist, und von dieser Auffassung ausgehend, dieses Beweismittel auch einem Curanden gegenüber, der die eigene Vertretung seiner juristischen Persönlichkeit nicht verloren hat und nicht wegen seines Geisteszustandes interdicirt, sondern nur in der Dispositionsfähigkeit über sein Vermögen beschränkt ist, in einem Falle für zulässig zu halten ist, wo, wie untergebens, das ihm persönliche Factum ein Rechtsgeschäft und eine Disposition darstellt, welches er vor seiner Stellung unter Curatel vorgenommen haben soll;

Daß aber auch dann, wenn man mit dem ersten Richter dem Eid den Charakter eines Vergleichs beilegen will, dies doch nur mit denjenigen Modifikationen geschehen kann, welche sich aus der Natur dieses Eides von selbst ergeben, wohin vor allem gehört, daß der Eid, abweichend vom Vergleiche, der auf beiden Seiten aus freiem Willen hervorgeht, nur auf Seiten des Deferenten ein freiwilliger Act ist, auf Seiten des Delaten dagegen auf einem Zwange beruht; daß aus dieser Abweichung folgt, daß wohl zu dem Eide, den der Curande seinem Gegner antragen will, die Zustimmung des Curators erforderlich wäre, nicht aber auch zu dem Eide, der dem Curanden von seinem Gegner in dem oben erwähnten Falle zugeschoben wird, weil hier die Zuschiebung auf einem Rechte der Gegenpartei beruht und eine Nöthigung mit sich bringt, die von dem Willen sowohl des Curanden als des Curators unabhängig ist;

Daß in einem solchen Falle die Assistenz des Curators im Prozeß die Bedeutung hat darüber zu wachen, daß der

Digitized by Google

Prozeß und die Eideszuschiebung nicht das Werk einer Collusion sei, um auf diesem Wege ein Rechtsgeschäft, welches zur Gültigkeit seiner Zustimmung bedurfte, durch Zurückverlegung in die frühere Zeit ohne seinen Consens zu Stande zu bringen; daß aber von Seiten des Curators keinerlei für eine jetzige Collusion seines Curanden und dem Appellanten sprechenden Momente articulirt und geltend gemacht worden sind.

J. E., daß da nach dem Obigen der Curator sich der Eidesdelation an den Curanden nicht widersetzen kann, auch weiter folgt, daß neben dem Eide des Curanden über das ihm persönliche Faktum nicht gleichzeitig dem Curator der Eid über seine Wissenschaft zugeschoben zu werden braucht, zumal da, wo seine Zustimmung zu dem Rechtsgeschäfte nicht nöthig war, auch sein Wissen das Recht des Appellanten nicht berührt und sein Nichtwissen das Beweismittel desselben nicht zerstören kann.

Daß hiernach der Richter a quo den dem Fasen zugeschobenen Eid mit Unrecht für unzulässig erklärt hat und daher gegenwärtig darauf zu erkennen ist;

Aus diesen Gründen

gibt der Hof dem Appellaten Fasen auf, folgenden Eid zu schwören: folgt das articulirte Faktum über den Abschluß des Tausches.

III. Senat. Sitzung vom 12. April 1866.

Advokaten: Wiedenmann — Dubelmann.

Verkauf. — Fremde Sache. — **Pars indivisa.** — Nichtigkeit.

Der Verkauf von ungetheilten, dem Verkäufer nur zu einer Quote eigenthümlich zustehenden Realitäten, ist, wenn dem Ankäufer dieses Verhältniß bei Abschluß des Vertrages bekannt war und wenn der Verkäufer sich nicht für die Genehmhaltung der wirklichen Eigenthümer der übrigen Quoten stark gemacht hat, bezüglich dieser Quote absolut nichtig, und gewährt weder gegen den Verkäufer, wenn er nachträglich das Eigenthum dieser Quoten erwirbt, noch gegen dessen Erben, wenn sie die Eigenthümer sind, eine Klage auf Vollziehung.

Digitized by Google

Palm — von der Reck.

J. E. zur Hauptberufung:

Daß der Erblasser der Parteien die in Frage stehenden Realitäten dem Hauptappellaten Reck durch den notariellen Act vom 31. März 1853 käuflich übertragen hat, obgleich zugestandenermaßen die noch ungetheilte Hälfte derselben den Hauptappellanten, als Erben ihrer Mutter, nach Maßgabe ihrer Betheiligung an deren Nachlasse, eigenthümlich zustand und der Verkäufer nur als Leibzüchter dieselbe in Benutzung hatte;

Daß dieses Verhältniß beiden Contrahenten bei dem Abschlusse des Vertrages bekannt war, dieselben sogar durch den instrumentirenden Notar förmlich darauf aufmerksam gemacht wurden, daß der Verkauf hinsichtlich der letztgedachten Hälfte nichtig sei, worauf sie indeß, wie der Act besagt, erklärten, daß sie dies wohl wüßten, demungeachtet aber auf der Aufnahme des Actes beständen;

Daß, wie der Act weiter ergibt, der Besitz des Kaufobjektes bei dem Verkäufer bis zu seinem Tode verbleiben und der Preis an die Erbmasse bezahlt werden sollte;

J. E., daß der Art. 1599 des B.-G.-B. den Verkauf einer fremden Sache für nichtig erklärt;

Daß zwar allerdings aus dieser Bestimmung nicht gefolgert werden kann, daß namentlich für den Verkäufer ein solcher Vertrag keinerlei Verbindlichkeit zur Folge haben könne; daß ihm vielmehr im Allgemeinen namentlich die Gewährleistungspflicht obliegt;

Daß jedoch der zweite Absatz der angeführten Gesetzesstelle klar ergibt, wie nur in dem Falle der Käufer eine direkte Verpflichtung des Verkäufers aus einem solchen Geschäfte herleiten kann, wenn es ihm unbekannt war, daß die verkaufte Sache eine fremde sei, indem gedachter Absatz nur unter dieser Voraussetzung die Möglichkeit einer Schadloshaltung desselben statuirt;

Daß es sich sonach vorliegend um eine radikale Nichtigkeit handelt, welche der gemeinsame Erblasser im Falle einer Klage des Hauptappellaten auf Erfüllung hätte vorschützen können, selbst wenn er nachträglich das Eigenthum der von ihm verkauften fremden Realitäten erlangt hätte, die demnach auch von den Hauptappellanten, als dessen Erben, dem Ein-

Digitized by Google

gangs gedachten Acte excipiendo entgegengestellt werden kann, obgleich sie, als Eigenthümer der fraglichen Realitäten, faktisch in der Lage sind, dieselben dem Hauptappellaten zu gewähren;

Daß hiernach denn auch der vom ersten Richter angerufene Art. 1626 des B.-G.-B. nicht Platz greift, vielmehr, nach dem thatsächlich Angeführten, eine jede Garantie als ausgeschlossen unterstellt werden muß, wie dies denn auch bei sonst gültigen Verkäufen, nach Art. 1627 des B.-G.-B. bedungen werden kann;

Daß endlich auch der mehrerwähnte Notarialact unzweideutig darthut, daß der Erblasser der Parteien in keiner Art die Genehmhaltung der wirklichen Eigenthümer herbeizuführen sich anheischig gemacht hat oder für dieselben sich stark sagen wollte;

I. E., daß nach Vorstehendem der Vertrag vom 31. März 1853 in Bezug auf die Hälfte der in dem betreffenden Acte verzeichneten, zur mütterlichen Erbmasse gehörenden Realitäten, soweit die Hauptappellanten daran betheiligt sind, für nichtig und wirkungslos zu erklären ist, dahingegen kein gesetzlicher Grund obwaltet, demselben die rechtliche Wirkung auch in Betreff der dem Arnold Palm zuständig gewesenen anderen Hälfte zu versagen.

II. Senat. Sitzung vom 5. Januar 1866.

Advokaten: Wallraf — Kyll.

Realanerbieten. — Lieferungs-Vertrag. — Kaufpreis. — Handelssache.

Hat Jemand in einer Handelssache die Lieferung von Waaren übernommen, so kann derselbe, wenn er trotz der ihm von der Gegenseite gemachten, dem Art. 356 des H.-G.-B. entsprechenden Aufforderung die Lieferung nicht bewirkt, der Klage auf Zahlung der Preisdifferenz nicht den Einwand entgegensetzen, daß ihm der Kaufpreis nicht realiter angeboten worden sei.

Digitized by Google

Spiegel — Hallbach.

J. E., daß der Einwand des Appellanten, es habe eines Realanerbietens des Kaufpreises von Seiten des Appellaten bedurft, der rechtlichen Begründung entbehrt, da der Appellat nicht vorab mit der Zahlung vorzugehen hatte, der Appellant aber gegenüber dem Verlangen, die wechselseitige Erfüllung des Vertrags in's Werk zu setzen, sich lediglich passiv verhalten hat, und da ferner auch in den sehr speciell eingehenden Bestimmungen des H.-G.-B. über die vorliegende Materie, insbesondere in Art. 356 das Erforderniß eines solchen Realanerbietens nicht aufgestellt ist, im Gegentheil nach den Verhandlungen bei Abfassung des H.-G.-B. (Art. 683. 1405) die in dem ursprünglichen Preuß. Entwurf, Art. 273 enthaltene Bestimmung: die Aufforderung muß mit einem wirklichen Anerbieten der vertragsmäßigen Gegenleistung verbunden sein, nicht angenommen und ferner auch der vorgeschlagene Zusatz: „vorausgesetzt daß er selbst thatsächlich zu erfüllen bereit war", abgelehnt worden ist.

III. Senat. Sitzung vom 13. April 1866.

Advokaten: Herbertz — Lautz.

Beamte. — Gehalt. — Verjährung.

Gehaltsansprüche von Beamten gegen den Staat aus der Zeit vor dem Gesetz vom 24. Mai 1861 sind für diese Zeit der Verjährung nicht unterworfen.

Fiscus — Görres.

Dem Professor Jos. Görres war durch Rescript des Staatskanzlers vom 27. Januar 1818 theils mit Rücksicht auf den Verlust seiner Stelle als Director des gesammten Schulwesens im Gen.-Gouvernement des Mittelrheines, Theils mit Rücksicht darauf, daß derselbe einen Ruf in's Ausland abgelehnt hatte und die Regierung ihn dem preußischen Staat erhalten wolle bis zu einer anderweiten öffentlichen Anstellung, vorläufig ein jährliches Einkommen von 1800 Thlrn. bewilligt; er hat dies vom 1. Oktober 1819 nicht mehr erhalten, und ist am 31. Oktober 1827 in den baierischen Staatsdienst getreten.

Digitized by Google

Auf Grund des Gesetzes vom 24. Mai 1861, welches für solche Ansprüche den Rechtsweg zulässig erklärt, haben die Erben von Görres gegen den Fiscus Klage auf Nachzahlung ihres Antheils aus der Periode vom 1. Oktober 1819 bis 31. Oktober 1827 erhoben.

Unter mehreren Einreden schützte der Fiscus auch die Verjährung vor. Das Urtheil des Landgerichts zu Coblenz, welches der Klage stattgegeben hat, lautet in dieser Beziehung:

J. E., daß die der Klage ferner entgegengesetzte Verjährung auf die Art. 2277 und eventuell 2262 des B.-G.-B. gestützt wird, daß aber das der Stellung des Beamten zu Grunde liegende Vertrags-Verhältniß keinesfalls ein civilrechtliches ist, demnach die daraus fließenden gegenseitigen Rechte unbedenklich soweit und so lange den Bestimmungen des Privatrechtes und folgeweise den ohnehin stricte zu interpretirenden Verjährungen des B.-G.-B. entzogen sein müssen, als nicht die betreffenden Rechte ausdrücklich in das Gebiet des Civilrechtes verwiesen sind;

Daß aber vor dem Gesetze vom 24. Mai 1861 den Ansprüchen der Beamten auf Gehalt oder Wartegeld eine Klage nicht zur Seite stand, vielmehr nach den Worten der Allerh. Cabinets-Ordre vom 7. Juli 1830 nur eine bezügliche Beschwerde oder Reclamation im administrativen Wege ohne Fristbestimmung zulässig war, auf welches Beschwerderecht unbedenklich die Artikel 2277 oder 2262 nicht angewendet zu werden vermögen;

Daß sonach, da auch eine andere gesetzliche Bestimmung für die Verjährung vermögensrechtlicher Ansprüche der Beamten nicht angeführt werden kann, seit dem Gesetze von 1861 aber eine zur Verjährung genügende Zeit keinesfalls verlaufen ist, die bezügliche Einrede zu verwerfen ist.

Die Berufung des Fiscus wurde zurückgewiesen indem der Appell.-Ger.-Hof den vorstehenden Gründen des ersten Richters unter Beifügung folgender Motive beitrat.

J. E., daß soviel die Einrede der Verjährung betrifft, den Ausführungen des ersten Richters beizutreten ist;

Daß wenn das hier fragliche Einkommen des Görres nach der obigen Ausführung auch die Natur einer Entschädigung hatte, sein Verhältniß zur Staatsregierung doch insofern eine staatsrechtliche Seite hatte, als es in seiner frü-

Digitized by Google

heren amtlichen Stellung wurzelte und er sich zur Uebernahme eines neuen Amtes bereit zu halten hatte und die fragliche Forderung jedenfalls zu denjenigen Ansprüchen gehörte, betreff deren bis zum Erlaß des Gesetzes vom 24. Mai 1861 der Rechtsweg verschlossen war;

Daß dieselbe daher in der hier fraglichen Beziehung den Gehaltsforderungen der Beamten gleichzustellen ist;

Daß, wenn die letzteren auch ihrem Wesen nach privatrechtlicher Natur sind, dieser Charakter derselben doch vor Erlaß des Gesetzes vom 24. Mai 1861 durch die Preuß. Gesetzgebung nicht anerkannt war und daher auch die dem positiven Civilrecht angehörigen Bestimmungen über die Verjährung darauf ebensowenig Anwendung finden konnten, als die Inhaber derartiger Ansprüche bis zur Emanation jenes Gesetzes in der Lage waren, von den nach den Civilgesetzen zur Unterbrechung der Verjährung erforderlichen Schritten Gebrauch zu machen.

I. Senat. Sitzung vom 4. April 1866.
Advokaten: Nacken — Forst.

Demissions-Vertrag. — Elterliche Theilung. — Form. — Rapportpflicht nach Art. 918 des B.-G.-B.

Den Eltern ist die Befugniß nicht entzogen, eine Vermögens-Uebertragung an ihre Kinder in anderer Weise und durch ein anderes Rechtsgeschäft als durch eine elterliche Theilung in den Formen des Art. 1076 des B.-G.-B. vorzunehmen.

Der Act, durch welchen ein parens einem seiner Kinder ein Gut gegen einen bestimmten Kaufpreis, den er gleichmässig unter seine Kinder vertheilt und gegen Vorbehalt gewisser Nutzungs-Rechte verkauft, ist in Bezug auf den Eigenthumsübertrag gültig, auch wenn die Förmlichkeiten der Schenkung unter Lebenden nicht dabei beobachtet sind.

Der Ankäufer ist alsdann nur gehalten, in Gemäßheit des Art. 918 den Werth des Gutes, soweit er jenen Kaufpreis übersteigt, und dadurch der disponible Theil überschritten wird, zu rapportiren.

Digitized by Google

Dieser Rapport kann von den Miterben, welche den Act genehmigt haben, nicht gefordert werden.

Kehrmann — Kehrmann.

Johann Peter Kehrmann verkaufte durch Act vom 28. Januar 1841 den ihm zu einer, zur andern Hälfte seinen Kindern zustehenden Bruckhaushof an seinen Sohn Friedrich Wilhelm Kehrmann gegen einen Kaufpreis von 6200 Thlr. und unter Vorbehalt der Hälfte der Zinsen desselben und des Nießbrauches an gewissen Theilen des Hofes: Jener Kaufpreis sollte theils sofort, theils nach dem Tode des Vaters Kehrmann gleichmässig unter dessen Kinder vertheilt werden. Bei diesem Acte waren die großjährigen übrigen Kinder des Kehrmann anwesend und genehmigten denselben. Für Genehmigung der nicht anwesenden Minderjährigen nach beigebrachter Großjährigkeit machte sich der Vater Kehrmann stark. Diese Genehmigung ist seiner Zeit in verschiedenen Notarial-Acten erfolgt, bei denen jedoch der Vater Kehrmann nicht gegenwärtig war und die ihm auch nicht significirt worden sind.

Nach dessen Tode stellten einige der Kinder gegen den Ankäufer des Hofes eine Klage auf Theilung desselben an, welche sie darauf stützten, daß der Act vom 28. Januar 1841 1) als Theilung des Vaters unter seine Kinder Mangels Beobachtung der Vorschriften des Art. 1076 und 932 nichtig, oder nach Art. 1079 reßcissibel sei. 2) event. eine versteckte Schenkung involvire, deren Betrag ganz zur Erbmasse des Vaters rapportirt werden müsse.

Durch Urtheil des Kgl. Landgerichtes zu Elberfeld vom 6. Januar 1864 war der erste Klagegrund verworfen, bezüglich des zweiten jedoch ein Beweis verordnet. Auf die von den Klägern eingelegte Hauptberufung und auf die Incidentberufung des Verklagten erkannte der Hof, wie folgt:

In E., daß der Bruckhaushof von Johann Peter Kehrmann in seiner Ehe mit Anna Sophia Priel erworben war, und daher nachdem diese Ehe beherrschenden bergischen Statut nach dem Tode der Ehefrau dem Eigenthum nach zur Hälfte dem Vater verblieb, zur andern Hälfte auf die Kinder fiel;

Daß der Act vom 28. Januar 1841, insoweit dadurch die den Kindern anerfallene mütterliche Hälfte dem einen Miteigenthümer Friedrich Wilhelm Kehrmann übertragen wurde, von keiner Seite angefochten wird, weshalb es auch nicht

Digitized by Google

darauf ankommt, ob einer in dieser Beziehung auf den Art. 889 etwa zu begründenden Läsionsklage die Verjährung des Art. 1304 entgegenstehen würde;

Daß vielmehr nur der Uebertrag der väterlichen Hälfte in jenem Acte Gegenstand des Streites ist; daß nämlich die Appellanten behaupten, dieser Act stelle eine Theilung der Eltern unter Kindern dar, sei als solche an die Formen der Schenkung gebunden, und deshalb Mangels einer gehörigen Acceptation nichtig, Art. 1076, 932 des B.-G.-B.; — unterliege jedenfalls der Rescissions-, event. der Reductionsklage des Art. 1079.

J. E., daß nun für die Frage, welches Rechtsgeschäft in einem gegebenen Falle vorliegt, es zunächst auf den Willen der Parteien, welches Rechtsgeschäft sie gewollt haben, ankommt und dies so lange maßgebend sein muß, als die gewählte Form und der Inhalt dem nicht widerstreiten;

Daß im vorliegenden Falle die Parteien den Uebertrag des Bruckhaushofes in dem Act selbst ausdrücklich für ein Kaufgeschäft erklären, und der Inhalt des Actes, Uebertragung des Eigenthums des Hofes gegen einen von dem Empfänger zu zahlenden Preis und andere Leistungen dem auch vollkommen entspricht;

Daß derselbe schon deshalb zunächst als ein Kaufgeschäft zu betrachten, und rücksichtlich seiner Rechtsbeständigkeit darnach zu beurtheilen ist;

Daß es aber nicht darauf ankommt, ob die Parteien auch durch ein anderes Rechtsgeschäft ähnliche Wirkungen erzielen konnten;

Daß insbesondere der Umstand, daß Eltern, wenn sie unter Lebenden ihr Vermögen den Kindern übertragen wollen, befugt sind, dies durch eine elterliche Theilung zu thun, welche, da sie nothwendig eine Schenkung enthält, an die Formen der Schenkung gebunden ist, — keineswegs ihnen die Befugniß entzieht, eine solche Vermögensübertragung auch in anderer Weise und durch ein anderes Rechtsgeschäft zu bewirken;

J. E., daß der vorliegende Act, indem er das Gut durch einen Kauf dem Friedrich Wilhelm Kehrmann überträgt, und eine Vertheilung des Preises unter die Kinder feststellt, deutlich zeigt, daß es nicht die Absicht des Vaters war, das Gut selbst unter seine Kinder zu theilen, sondern vielmehr dieses nur dem einen Sohn zu übertragen, und nur den dafür

Digitized by Google

stipulirten Preis unter die Kinder zu vertheilen, welcher nach der Behauptung der Appellanten selbst dem wahren Werth desselben auch nicht entfernt entsprach;

J. E., daß diese beiden Geschäfte wesentlich von einander verschieden und in ihrer rechtlichen Existenz nicht gegenseitig durch einander bedingt waren, daß nämlich zu der käuflichen Uebertragung des Hofes lediglich der Consens des Vaters und des annehmenden Sohnes Friedrich Wilhelm erforderlich war, und dieses Geschäft seinen Bestand hatte, mochte der Vater zugleich eine Vertheilung des Preises vornehmen, oder nicht, und mochte diese Vertheilung in gültiger Weise geschehen, oder nicht;

Daß es auch für die Gültigkeit der Geschäfte von keiner Bedeutung ist, daß sie Beide in einem Act documentirt wurden, da dies als etwas rein zufälliges erscheint, wozu eine innere Nothwendigkeit nicht vorlag, und da nichts darauf hindeutet, daß etwa die Gültigkeit der Theilung als eine Bedingung der Gültigkeit des Uebertrags in der Absicht der bei letzterm in Betracht kommenden Parteien gelegen hätte, daß übrigens gegen die Vertheilung des Kaufpreises selbst, welche jedem Kinde einen gleichen Betrag zuweis't, keine Einreden erhoben sind, sondern nur der Uebertrag des Hofes angegriffen wird;

J. E., daß selbst wenn man den Preis gar nicht berücksichtigen wollte, in dem Gutsübertrag dann nur eine Schenkung vom Vater an den Sohn Friedrich Wilhelm gefunden werden könnte, gegen deren formelle Gültigkeit, da der Uebertrag von dem Sohn acceptirt und der Act notariell aufgenommen ist, kein Einwand erhoben werden könnte, da eine Acceptation der übrigen Kinder dabei sowenig wie überhaupt deren Concurrenz erforderlich war;

J. E., daß hiernach die gegen den Uebertrag des Hofes an den Friedrich Wilhelm Kehrmann aus dem Grunde, weil er eine elterliche Theilung darstelle, erhobenen Einreden der Nichtigkeit, der Rescission, oder der Reduction unbegründet erscheinen.

J. E., daß derselbe mit Rücksicht auf die von dem Annehmer Friedrich Wilhelm übernommenen Gegenleistungen als ein oneroser wenigstens nicht als ein eine bloße Liberalität enthaltender Vertrag erscheint, und der Richter a quo daher mit Recht denselben zunächst nach den Bestimmungen

Digitized by Google

des Art. 853 beurtheilt hat, weil es allgemeiner Grundsatz ist, daß insoweit dem Erben durch onerose Verträge mit dem Erblasser indirecte Vortheile zugewendet werden, diese zu rapportiren sind, und nur durch ausdrückliche Erklärung diese Rapportverbindlichkeit ausgeschlossen werden kann, Art. 843, 919 des B.-G.-B.

J. E. jedoch, daß diese allgemeinen Grundsätze über den Rapport eine wesentliche Ausnahme und Modification erleiden durch die Vorschrift des Art. 918 des B.-G.-B. für die Verträge, welche zwischen Eltern und ihren Descendenten geschlossen werden, wodurch Güter unter Vorbehalt einer Leibrente, oder à fonds perdu oder unter Vorbehalt eines Nießbrauchs übertragen werden, indem hier einestheils dieser Vorbehalt nicht als eine solche Gegenleistung, welche den Vertrag zu einem onerosen macht, angesehen werden soll, sondern das Gesetz, soweit nicht etwa noch weitere Gegenleistungen stipulirt sind, den Vertrag nur als Schenkung betrachtet, wodurch theils die Umgehungen der Beschränkungen der Schenkungen verhindert, theils die wegen des aleatorischen Charakters solcher Leistungen immer unsichere Ermittelung ihres Werthes vermieden werden sollte, — indem dann aber anderntheils bei einem solchen Geschäft die Klausel, daß die Schenkung zum Voraus gemacht werde, schon von Rechtswegen in dem Geschäfte selbst lag, und sogar wenn die übrigen betheiligten Erben einwilligten, für welche Einwilligung eine besondere Form nicht vorgeschrieben ist, selbst wegen Ueberschreitung der disponibeln Quote ein Angriff nicht mehr zulässig sein sollte;

Daß aber dieser Art. 918 nicht ausschließt, daß bei einem solchen Uebertrag, außer jenem Vorbehalt, auch noch ein bestimmter Preis gegeben wird, in welchem Fall dann nur insoweit, als der Werth des Gutes diesen übersteigt, eine Schenkung nach Maßgabe des Art. 918 vorliegt und nur dieser entsprechende Theil des Gutes als geschenkt erscheint;

J. E., daß nun im vorliegenden Falle, wenn der stipulirte Kaufpreis in der That dem wahren Werth des Hofes zur Zeit des Uebertrags entsprach, in demselben keine Zuwendung eines in Gelde zu schätzenden Vortheils lag, und der Uebertrag dann als ein reiner und unvermischter onerose Vertrag, als Kaufvertrag, seine volle Gültigkeit haben würde;

Digitized by Google

Daß aber wie die Appellantin und die ihr beitretenden Appellaten behaupten, dies nicht der Fall sein, sondern der incl. des Mobilars für 6200 Thlr. verkaufte Hof in der That einen sehr viel höhern Werth gehabt haben soll;

Daß aber unter dieser Annahme der fragliche Uebertrag des Gutes an den einen Sohn, den der Vater seines Alters wegen vornahm, und wobei er außer der Stipulation eines den Geschwistern künftig auszuzahlenden verhältnißmäßig sehr geringen Preises für sich einen keineswegs nur unbedeutenden, für die Beurtheilung des Geschäfts nicht in Betracht kommenden Vorbehalt machte, indem er sich den Genuß der Hälfte der Zinsen, also eine wahre Leibrente und den Nießbrauch an gewissen Theilen des Gutes und Dienstleistungen vorbehielt, recht eigentlich die Natur eines solchen Uebertrages, wie ihn der Art. 918 im Auge hat, darstellt, wenigstens insoweit, als der Werth des Hofes jenen stipulirten Preis überstieg, so daß daher kein Rapport, sondern nur eine Reduction resp. ein Einbringen des die disponible Quote übersteigenden Mehrwerths von denjenigen Erben gefordert werden könnte, welche nicht ihre Zustimmung zu dem Acte erklärt haben;

J. E., daß (wie im Urtheile näher ausgeführt ist) Seitens sämmtlicher Betheiligten eine Genehmigung des Actes von 1841 vorliegt, und dieser daher gemäß Art. 918 unter den in dem Act selbst enthaltenen Bedingungen für vollkommen zu Recht beständig zu erachten ist, und die Klage, soweit sie auf dessen Vernichtung oder Aufhebung oder auf den Rapport oder die Reduktion dadurch etwa zugewendeten Vortheile gerichtet ist, schon jetzt ohne daß es der in dem Urtheil a quo verordneten Beweise bedürfte, als unbegründet sich darstellt;

Aus diesen Gründen

unter Verwerfung der Hauptberufung und Annahme der Incidentberufung wider das Urtheil des Landgerichts zu Elberfeld vom 6. Januar 1864 weis't der Rhein. Appell.-Ger.-Hof die Klage sowie die Anträge der Hauptappellantin und der ihr beigetretenen Coappellaten, insoweit solche darauf gerichtet sind, den Act vom 28. Januar 1841 rücksichtlich des Uebertrags des Vaters Johann Peter Kehrmann an dem Brukhaushof mit Sommer- und Wintersaat an Friedrich Wilhelm Kehrmann für nichtig und unwirksam oder für auf-

Digitized by Google

gehoben zu erklären, event. den Friedrich Wilhelm Kehrmann zu verurtheilen, einen Mehrwerth des Uebertragsobjects über die Uebertragssumme hinaus zur Theilungsmasse zu bringen als unbegründet ab.

II. Senat. Sitzung vom 27. April 1866.

Advokaten: Wiedenmann — Esser.

Testament. — Nichtigkeit. — Zeuge. — Verwandtschaft. — Notar.

Hat ein Testator in einem notariellen Testamente seinen Verwandten eines bestimmten Grades allgemein, ohne Bezeichnung der einzelnen Personen, ein Legat vermacht, so ist dieses Testament nichtig, wenn einer der Zeugen in verbotenem Grade mit einer dieser, zur Zeit der Testamentserrichtung lebenden Legatare verwandt ist. Die aus einer solchen allgemeinen Fassung sich ergebende Schwierigkeit die Legatarien und somit auch den Nichtigkeitsgrund zu erkennen, kann für sich noch nicht einer die Anwendung des gesetzlichen Verbots ausschließenden Unmöglichkeit oder unüberwindlichen Schwierigkeit gleichgestellt werden. Es macht hierbei keinen Unterschied, ob die Legatarien ihr Legat von den Erben oder einem Universallegatar zu fordern haben, und ob deren Legat von dem Eintritt der letztern abhängig ist oder nicht.

Aus der erwähnten Nichtigkeit des Testaments folgt noch nicht mit Nothwendigkeit die Verpflichtung des Notars zum Schadenersatz, vielmehr ist diese Frage nach Lage der factischen Verhältnisse zu beantworten.

Werth — Gatzen u. Conf.

Der Appell.-Ger.-Hof erkannte in Uebereinstimmung mit den Anträgen des öffentl. Ministeriums, wie folgt:

J. E., daß in dem als nichtig angegriffenen, am 21. April 1859 vor Notar Dick errichteten Testamente der Testator Johann Esser verfügt, daß die zu seinen Universalerben eingesetzten Appellanten, die Eheleute Werth, verpflichtet sein

ſollen, den Seitenverwandten 5. Grades des Teſtators (event. den Kindern dieſer Verwandten) Jedem 500 Thlr auszuzahlen;

Daß, wie zwiſchen den Parteien feſtſteht, der zur Zeit der Errichtung des Teſtamentes bereits lebende Mitappellat Franz Peter Henneſſen zu den Seitenverwandten 5. Grades des Teſtators gehört, und daß mit dieſem ſo bedachten Henneſſen der in der Teſtamentsurkunde als Zeuge aufgeführte Schneider Franz Funck im 4. Grade verwandt iſt, indem die Mutter des Zeugen die leibliche Schweſter des Vaters des genannten Henneſſen iſt;

J. E., daß nach dem Art. 975 des B.-G.-B. diejenigen, welche mit den Legatarien im 4. Grade verwandt ſind, nicht als Zeugen zu einem öffentlichen Teſtamente zugezogen werden können;

Daß die Appellanten die Anwendbarkeit dieſes Artikels auf die vorliegende zu Gunſten der Verwandten 5. Grades des Teſtators gemachte teſtamentariſche Verfügung zuvörderſt um deswillen beſtreiten, weil dieſelbe nach der Wortfaſſung und dem Sinne der Erklärung nur eine der Einſetzung der beiden Univerſallegataren beigefügte Zweckbeſtimmung über die Art, wie dieſe beiden Legataren einen Theil des Nachlaſſes verwenden ſollen, darſtelle, nicht aber die Verwandten 5. Grades, zu deren Gunſten dieſe Verwendung erfolgen ſolle, ſelbſt zu Legataren mache;

Daß indeß abgeſehen davon, daß nach der Notariatsordnung Art. 19, 20 und 22 nicht blos die Verwandtſchaft mit dem eigentlichen Legatar, ſondern überhaupt die Verwandtſchaft 4. Grades mit Jedem, zu deſſen Vortheil irgend eine Verfügung im Teſtamente enthalten iſt, den Verwandten unfähig macht, als Zeuge bei dieſem Teſtamente zugezogen zu werden, auch die in dem vorliegenden Teſtamente den Univerſallegataren auferlegte Verpflichtung, an die Verwandten 5. Grades eine beſtimmte Summe auszuzahlen, ein eigentliches Partikularlegat zu Gunſten der einzelnen in dieſe Kategorie fallenden Perſonen darſtellt, da die letztern aus dieſer Verfügung ein feſtes Forderungsrecht gegen die Univerſallegataren erhalten, zu deren Geltendmachung und Sicherheit ihnen alle Rechte eines Legatars zuſtehen;

Daß es dahingeſtellt bleiben könne, ob die Verwandten 5. Grades im Sinne des Teſtators die ihnen zugedachte

Digitized by Google

Summe nur dann erhalten sollen, wenn die instituirten beiden Universallegataren wirklich als solche eintreten, — da auch dann, wenn der genannte F. P. Hennessen nur für diesen Fall zum Partikularlegatar ernannt sein sollte, sein Vetter Funck unfähig war, bei einer testamentarischen Verfügung dieses Inhaltes als Zeuge zugezogen zu werden;

J. E., daß die Appellanten die Anwendbarkeit des angegebenen gesetzlichen Verbots auf den vorliegenden Fall sodann deshalb bestreiten, weil der Testator seine Verwandten 5. Grades, und insbesondere den mitbedachten Hennessen, nicht in namentlicher Aufführung, sondern unter einer allgemeinen Kategorie berufen habe, welche nicht etwa zum Zwecke einer kürzern Bezeichnung der mehreren Personen, die der Testator gemeint habe, sondern deshalb gewählt worden sei, weil es dem Testator nicht um die Einsetzung damals schon bestimmter Personen sondern lediglich um die Aufstellung einer nach dem Grade der Verwandtschaft gebildeten Kategorie zu thun gewesen sei, auf Grund deren erst im Augenblicke seines Todes sich ergeben sollte, welche bestimmte Personen eigentlich als instituirte Legatare anzusehen seien;

J. E., daß nun zwar unzweifelhaft bei der Anwendung des hier fraglichen gesetzlichen Verbotes nur die Verwandtschaft des Zeugen zu einer solchen Person in Betracht kommt, welche im Augenblicke der Errichtung des Testamentes kraft der ihr zu dieser Zeit beiwohnenden Eigenschaften als eine bestimmte Persönlichkeit durch das Testament zu der künftig zu eröffnenden Erbschaft, sei es bedingt oder unbedingt, berufen wird und als solche von dem bei der Testamentserrichtung zugezogenen Zeugen erkannt werden kann;

Daß indeß der Mangel der individuellen Bezeichnung der Legatare und die Anwendung einer kategorienweise erfolgenden Institution von Legataren, auch wenn diese Kategorie eine größere Anzahl von Personen umfaßt, an und für sich nicht ausschließt, daß diese so bezeichneten Personen als einzelne, bestimmte Individuen zu betrachten sind, welche im Augenblicke des Testamentes durch dasselbe als Erben oder Legatare berufen werden;

Daß insbesondere im vorliegenden Falle der Mitappellat F. P. Hennessen, da er im Augenblicke der Testamentserrichtung schon lebte und ein Verwandter 5. Grades des Testators war, durch das Testament an und für sich und im

Digitized by Google

rechtlichen Sinne ebenso bestimmt als Legatar des Testators berufen wurde, wie wenn er damals individuell bezeichnet worden wäre, — indem in dem erstern Falle gerade so wie in dem letztern für die Person des Henneſſen keine einzige neue Thatsache einzutreten hatte, um ihn zu den testamentarisch berufenen Legataren zählen zu können, und ebenso die Möglichkeit, daß Henneſſen trotz dieser Berufung — sei es wegen Wiederrufs des Testamentes, sei es wegen Absterbens vor dem Testator oder aus irgend einem andern Grunde dennoch nicht wirklicher Legatar wurde, im Falle der namentlichen Einsetzung ganz genau in demselben Grade vorhanden war, wie bei der jetzigen Art seiner Einsetzung, so daß also keineswegs mit den Appellanten angenommen werden kann, Henneſſen sei bei dem jetzigen Modus der Berufung, im Unterschiede von der durch namentliche Bezeichnung, nicht im Augenblicke der Testamentserrichtung, sondern erst im Augenblicke des Todes des Testators als Legatar instituirt worden und als solcher erkennbar gewesen;

Daß es namentlich für die Frage, wann Henneſſen als instituirter Legatar anzusehen gewesen, von keiner Erheblichkeit ist, ob der Testator, indem er seine sämmtlichen Verwandten 5. Grades in einer allgemeinen Kategorie bedachte, im Hinblick und mit Rücksicht auf die einzelnen zu dieser Kategorie gehörigen Personen verfügt habe, oder aber, wie die Appellanten behaupten, sich von dem Beweggrunde habe leiten lassen, ohne Rücksicht auf die Personen ganz allgemein einen bestimmten Grad der Verwandtschaft für die Vertheilung einer Quote seines Vermögens entscheiden zu lassen, — da auch im Falle dieses ganz allgemeinen Beweggrundes der Inhalt seiner Verfügung den rechtlichen Effect hatte, die damals schon lebenden Verwandten 5. Grades und namentlich Henneſſen, im Augenblicke der Testamentserrichtung als Legatare einzusetzen;

Daß nun zwar unverkennbar die Einsetzung vermittelst der vom Testator gewählten allgemeinen Bezeichnung, im Unterschiede von einer namentlichen oder concreten Bezeichnung, es schwieriger erkennbar machte, wer bereits im Augenblicke des Testamentes eingesetzt war, und daß Henneſſen dazu gehörte;

Daß diese Unbestimmtheit auch die Folge haben konnte, daß es sowohl dem Testator als dem Zeugen Funck leichter

Digitized by Google

unbekannt bleiben konnte, daß der Vetter des Letztern, Henneſſen, einer der ſofort eingeſetzten Legatare war;

Daß indeß zunächſt die Nichtkenntniß des Teſtators von der zwiſchen dem Legatar und einem Zeugen beſtehenden verbotenen Verwandtſchaft die Folgen der Zuziehung eines unfähigen Zeugen an und für ſich der Natur der Sache nach nicht ausſchließen kann, da der geſetzliche Verdacht, welchen die Verwandtſchaft des Zeugen gegen die Zuverläſſigkeit ſeines Zeugniſſes begründet, durch die Unkenntniß des Teſtators eher erhöhet als verringert wird;

Daß dagegen, was die Unkenntniß des Zeugen ſelbſt von ſeiner Verwandtſchaft betrifft, — der eigentliche Grund der dadurch herbeigeführten geſetzlichen Unfähigkeit des Zeugen allerdings dann nicht vorliegt, wenn ſich der Zeuge ſelbſt deſſen gar nicht bewußt iſt, daß die in ſeiner Gegenwart beurkundete, von ihm als richtig zu bezeugende Willenserklärung des Teſtators einem Verwandten des Zeugen ein Legat zuwendet;

Daß indeß das Geſetz das Verbot der Zuziehung von Zeugen, welche dem Legatar verwandt ſind, ganz abſolut verfügt und die Anwendbarkeit desſelben aus guten Gründen keineswegs von der ſchwierigen Unterſuchung, ob die Verwandtſchaft den Zeugen bekannt geweſen ſei, abhängig macht; vielmehr die bloße Thatſache der Verwandtſchaft als einziges Requiſit der Unfähigkeit zum Zeugniß hinſtellt;

Daß daher die Entſcheidung über die vorliegende Sache auch nicht von der Beantwortung der Frage abhängig gemacht werden darf, ob der Zeuge Funck bei der Errichtung des Teſtamentes gewußt habe, daß der Mitappellat Henneſſen ſein Vetter geweſen, und daß dieſer ſein Vetter, weil er mit dem Teſtator im 5. Grade verwandt, nämlich der Sohn ſeiner Baſe ſei, durch die im Teſtamente enthaltene, allgemeine Verfügung zu Gunſten ſämmtlicher Verwandten dieſes Grades zum Legatar eingeſetzt werde;

I. E., daß nun zwar das geſetzliche Verbot auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar ſein würde, wenn es im Augenblicke der Teſtamentserrichtung unmöglich, oder mit einer der Unmöglichkeit gleichzuſtellenden unüberwindlichen Schwierigkeit verknüpft geweſen wäre, zu erkennen, daß der Mitappellant Henneſſen, der Vetter des Zeugen Funck, zu den im Teſtamente bedachten Verwandten 5. Grades gehörte;

Digitized by Google

Daß aber die Verwandtschaft 5. Grades, was die zur Zeit der Testamentserrichtung lebenden Kinder der Vettern und Basen des Testators betrifft, an und für sich und im Allgemeinen keineswegs zu den gewöhnlicherweise so unbekannten oder zu den so schwierig zu erkennenden gehört, daß mit der erforderlichen Zuverlässigkeit oder Wahrscheinlichkeit angenommen werden könnte, sie sei den Betheiligten und namentlich dem als Testamentszeugen zugezogenen Vetter eines solchen Verwandten des Testators unbekannt gewesen;

Daß nicht zu untersuchen ist, ob hinsichtlich eines oder des Andern solcher Verwandten, namentlich der in der Fremde wohnenden, besondere Verhältnisse eine solche Unbekanntschaft oder Unkennbarkeit begründen mögen, — es vielmehr genügt zu constatiren, daß bezüglich des zu den Legatarien gehörigen Henneſſen, namentlich für dessen Vetter Funck solche besondere Verhältnisse nicht vorliegen;

Daß insbesondere nicht behauptet werden kann, es habe über den Familienstand des Henneſſen und der andern seine Verwandtschaft mit dem Testator und dem Zeugen Funck vermittelnden Personen irgend eine unbesiegbare Unkenntniß geherrscht, oder es sei durch einen allgemeinen Irrthum dem Henneſſen und den andern die Verwandtschaft vermittelnden Personen ein die Erkenntniß der Verwandtschaft erschwerender unrichtiger Familienstand beigelegt worden;

J. E., daß es ebenso ohne allen Grund ist, wenn die Appellanten behaupten, es heiße den Testator seines Rechtes, in einem öffentlichen Testamente so wie er gethan, zu Gunsten aller Verwandten 5. Grades zu verfügen, berauben, wenn man von ihm die Untersuchung verlange, wer zu diesen Verwandten gehöre;

Daß nämlich das Gesetz nicht um den Testator zu hindern, sondern um die wahrhafte Beurkundung des wirklichen Willens des Testators zu sichern, bei öffentlichen Testamenten außer der Autorität des öffentlichen Beamten, des Notars, noch das Zeugniß von vier Personen verlangt, deren Unbefangenheit dadurch garantirt sein soll, daß sie mit denen, zu deren Gunsten ein Testament errichtet wird, nicht verwandt sind;

Daß durch dieses Sicherungsmittel allerdings die Gefahr gegeben ist, daß im einzelnen Falle ein wirklich erklärter und

Digitized by Google

richtig beurkundeter letzter Wille wegen Unfähigkeit eines Zeugen als nicht gehörig beglaubigt, vor dem Gesetze zerfällt, — und diese Gefahr um so größer ist, je leichter nach der Bezeichnung der im Testamente berufenen Personen die Unfähigkeit eines Zeugen übersehen werden kann;

Daß aber diese Möglichkeit die Anwendung der die Zeugen betreffenden Vorschriften nicht ausschließen kann, wenn, wie oben für den vorliegenden Fall ausgeführt wurde, durch jene Bezeichnung trotz ihrer Allgemeinheit, festbestimmte, im Augenblicke der Testamentserrichtung bereits lebende Personen mit Vermächtnissen bedacht werden, und den zugezogenen Zeugen dies erkennbar ist;

Daß der Testator, wenn er in dieser allgemeinen Weise, wie vorliegend, Vermächtnisse aussetzt, und dazu das Mittel des öffentlichen Testamentes wählt, sich in die Alternative versetzt, entweder die einzelnen Vermächtnißnehmer, soweit sie gemäß seiner Verfügung im Augenblicke des Testamentes als bestimmte Personen eingesetzt werden, sich zu vergegenwärtigen, um darnach die geeigneten Zeugen zuziehen zu können, oder aber diese Ermittelung auf die Gefahr hin zu unterlassen, daß wegen Unfähigkeit eines zugezogenen Zeugen der Wille des Testators im Sinne des Gesetzes zweifelhaft bleibt, und statt dessen die gesetzliche Erbfolge eintritt;

Daß aber eine die Anwendung des gesetzlichen Verbotes ausschließende Unmöglichkeit oder unüberwindliche Schwierigkeit dieser Ermittelung für die im Testamente bedachten, zur Zeit dessen Errichtung lebenden Verwandten 5. Grades weder im Allgemeinen noch bezüglich des Legatars Hennessen insbesondere, wie bereits ausgeführt, vorliegt;

Daß hiernach dem Richter nicht gestattet ist, das vor Notar Dick errichtete Testament des Johann Esser bezüglich irgend eines Theiles seines Inhaltes als einen gesetzlich beglaubigten letzten Willen des Testators aufrecht zu erhalten, auch die von den Appellanten subsidiarisch erbotenen Beweise für die Entscheidung völlig irrelevant sind;

Daß daher und da im Uebrigen die vom ersten Richter nach Vernichtung des Testamentes verordnete Theilung unter den Intestaterben nicht weiter Gegenstand einer Beschwerde ist, die Berufung ungegründet erscheint;

Digitized by Google

J. E., anlangend den Regreß der Appellanten Eheleute Werth gegen den Appellaten Notar Dick: —

Daß es zwar zu den Amtspflichten des Notars gehört, die Fähigkeit der von ihm zu einem Testament zugezogenen Zeugen zu prüfen und eine Vernachlässigung dieser Pflicht je nach Umständen zum Ersatz des durch die Vernichtung des Testamentes veranlaßten Schadens verpflichtet;

Daß aber der Beweis dieser Vernachlässigung denjenigen obliegt, welche daraus einen Schadensanspruch herleiten;

Daß ein solcher Beweis weder von den Appellanten durch Artikulation bestimmter Thatsachen erboten ist noch aus den Umständen wie sie vorliegen, entnommen werden kann;

Daß, wie schon aus dem Testamente selbst hervorgeht, der Appellat die Zeugen über die Nichtverwandtschaft mit den im Testamente bedachten Legataren befragt hat;

Daß die Nichtermittelung der Verwandtschaft des Zeugen Funck mit dem Legatar Henneſſen vorliegend unverkennbar darin ihren Grund hatte, daß Henneſſen nur unter der allgemeinen Berufung sämmtlicher Verwandten 5. Grades als Vermächtnißnehmer eingesetzt wurde;

Daß diese Nichtentdeckung daher dem Appellaten umsoweniger als eine Vernachlässigung seiner Amtspflichten angerechnet werden kann, als wie die Appellanten selbst zugeben und den Inteſtaterben gegenüber zu beweisen erbieten, — der Testator bei Errichtung des Testamentes erklärt hat, er könne die von ihm zu instituirenden Verwandten 5. Grades nicht nennen;

Daß daher nicht angenommen werden kann, Appellat habe die ihm amtsmäßig obliegende Vorsicht vernachlässigt und demnach auch in dieser Beziehung die Berufung zu verwerfen ist;

Aus diesen Gründen

verwirft der Rhein. Appell.-Ger.-Hof die Berufung von dem Urtheil des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 25. Februar 1864.

III. Senat. Sitzung vom 17. Mai 1866.

Advokaten: Wiedenmann — Nacken, Esser, Lautz, v. Hontheim.

Digitized by Google

Gemeinschaftliche Mauer — Errichtung derselben. — Beitragspflicht.

Kann der eine Grenznachbar sich von der Verpflichtung, zu den Kosten der ersten Errichtung einer Scheidemauer beizutragen, dadurch befreien, daß er die Hälfte des dazu erforderlichen Grund und Bodens dem andern Nachbar abtritt und auf jedes Miteigenthum an der neuen Mauer verzichtet?

Der erste Senat des Appellhofs hat sich für die Bejahung, der dritte für die Verneinung ausgesprochen (cf. die Entscheidungen in Bd. 59 S. 147.) Der zweite Senat hat sich ebenfalls für die Bejahung ausgesprochen in der Sache

Christmann — Beus.

J. E., daß Kläger und Appellat seine Klage auf den Art. 663 des B.-G.-B. gründet, der Verklagte und Appellant dagegen die Vorschrift des Art. 656 anruft, um seine Theilnahme an den Kosten der zu errichtenden Grenzmauer abzulehnen, indem er dem Appellaten die unentgeldliche Abtretung eines Streifens von 7 bis 9 Zoll Breite anbietet, damit er auf seine alleinige Kosten die Mauer errichte;

Daß nach Art. 656 der Miteigenthümer einer gemeinschaftlichen Mauer seinen Beitrag zu Ausbesserungen und zum Wiederaufbau durch Verzicht auf seine Hälfte und deren Uebertragung an den anderen Miteigenthümer ablehnen kann;

Daß nach diesem Gesetz der Fall vorausgesetzt wird, wo eine Mauer bereits vorhanden ist, während im Fall des Art. 663 die Mauer erst errichtet werden soll;

Daß dort schon der geringste Beitrag zu den Reparaturkosten zur Abtretung des Eigenthums an den Miteigenthümer berechtigt, während hier nach der Annahme des ersten Richters die Verpflichtung des angrenzenden Nachbars so unbedingt sein soll, daß er sich auf keine Weise, selbst nicht durch unentgeldliche Abtretung seines Eigenthums derselben entziehen kann; daß so weit die Absicht des Gesetzgebers nicht gegangen sein kann, weil Umstände eintreten können, unter denen die strenge Durchführung des Prinzips zum Ruin des Verpflichteten führen könnte;

Digitized by Google

Daß vielmehr der Verpflichtete, wenn er schon die geringsten Ausgaben durch Aufopferung seines Eigenthums vermeiden kann, um so mehr für berechtigt erachtet werden muß, viel größere auf dieselbe Weise abzulehnen;

Daß die Redaktoren des Gesetzbuchs bei den Berathungen über die Fassung des Art. 663 ausdrücklich anerkannt haben, daß dieser Artikel durch den Art. 656 seine Erläuterung finde;

Daß hiernach das erste Urtheil zu reformiren ist.

II. Senat. Sitzung vom 23. März 1866.

Advokaten: Esser I. — Erhard.

Klage auf Trennung von Tisch und Bett. — Zeugen-Reproche wegen Verwandtschaft.

Der Art. 251 des B.-G.-B. findet auch in der Klage auf Trennung von Tisch und Bett Anwendung.

Glaß — Schäfer.

In der von der Ehefrau Glaß gegen ihren Ehemann angestellten Klage auf Trennung von Tisch und Bett wurden auf Ansiehen der erstern die Henriette Glaß, Schwester und Christian Schmitt, Schwager ihres Ehemanns, als Zeugen vernommen. Die hiegegen auf Grund des Art. 283 des B.-G.-B. vorgebrachten Reprochen wurden durch Urtheil des Kgl. Landgerichtes zu Coblenz vom 30. Mai 1864 verworfen, welches nachstehend vom Hofe confirmirt wurde.

In E., was zunächst die Reprochen gegen die Zeugen Henriette Glaß und deren Ehemann Christian Schmitt betrifft;

Daß das B.-G.-B. im Art. 306 in allen Fällen, in welchen die Klage auf Ehescheidung wegen eines bestimmten Grundes stattfindet, es den Ehegatten freistellt, auf Trennung von Tisch und Bett zu klagen, und in keinem der beiden Fälle einen Unterschied in der Art des Beweises der, zur Begründung beider Klagen gleichmäßig genügenden, Thatsachen macht;

Daß die Art. 307 ibid. und 879 der B.-Pr.-O., zufolge welcher die Klagen auf Trennung von Tisch und Bett ebenso wie jede Civilklage eingeleitet, verhandelt und entschieden werden soll, nur den Zweck haben, das weitläufige und umständliche Verfahren, dem die Ehescheidungsklagen unterworfen sind, bei Klagen auf Trennung von Tisch und Bett auszu-

Digitized by Google

schließen, keineswegs aber eine Bestimmung über die Qualität der zu vernehmenden Zeugen oder die Gründe enthalten, wegen welchen sie verworfen werden können;

J. E., daß nach Art. 251 des B.-G.-B. die Verwandten der Parteien, ausgenommen ihre Kinder und Descendenten, und das Hausgesinde der Ehegatten als Zeugen nicht verworfen werden können, weil wie es schon in der lex 8 §. 6 Codic. de repudiis heißt: non facile, quae domi geruntur, per alienos possunt confiteri; daß diese Bestimmung wegen Gleichheit des Grundes auch bei Klagen auf Trennung von Tisch und Bett eintreten müssen, und um so unzweifelhafter als diese Klagen nach der ganzen Fassung der betreffenden Gesetze im Gegensatz zu den Ehescheidungsklagen an leichtere Formen geknüpft werden sollten;

Daß mithin die in Ehescheidungsprozessen vernehmbaren Zeugen auch in den Prozessen auf Trennung von Tisch und Bett gehört werden dürfen und sonach die Reprochen gegen die hier fraglichen Zeugen wegen ihres nahen verwandtschaftlichen Verhältnisses mit den Parteien mit Recht zurückgewiesen worden sind;

II. Senat. Sitzung vom 12. April 1866.

Advokaten: Lautz — Wallraff.

Handelsgericht. — Contumazial-Urtheil.

Wenn in einem Urtheile des Handelsgerichtes, bei welchem eine Partei durch einen Bevollmächtigten vertreten war, eine andere Sitzung zur fernern Verhandlung bestimmt worden ist, so ist das in dieser Sitzung bei Abwesenheit jener Partei oder ihres Bevollmächtigten erlassene fernere Urtheil ein Contumazial-Urtheil.

Levy — Salm.

Daß der Appellant bei der am 17. Dezember 1864 stattgehabten Verhandlung weder persönlich erschienen noch auch ein Bevollmächtigter für ihn aufgetreten war, obgleich der für ihn in der Sitzung vom 10. Dezember aufgetretene Bevollmächtigte durch die Entscheidung selbst davon in Kenntniß

Digitized by Google

gesetzt war, daß zur Verhandlung der Hauptsache die Sitzung vom 17. Dezember bestimmt worden;

Daß aber bei dem Verfahren vor den Handelsgerichten die Vertretung einer Partei durch einen Bevollmächtigten von ganz gleicher Wirkung wie das persönliche Erscheinen der Partei selbst erachtet werden muß, da bei den Handelsgerichten nach Art. 414 der B.-Pr.-O. und Art. 627 des H.-G.-B. die Vertretung der Parteien durch Anwälte als solche ausdrücklich untersagt ist, auch in Ermangelung einer ausdrücklichen Bestimmung nicht angenommen werden kann, daß die dem Anwalte allein gesetzlich eingeräumten Befugnisse, einem gewöhnlichen Bevollmächtigten der eine Partei von dem Handelsgerichte vertritt, zustehen;

Daß demgemäß auch das Handelsgericht in dem fraglichen Urtheile, indem es die Einladung des Appellanten zur Sitzung vom 17. Dezember durch die Benachrichtigung des Bevollmächtigten als gehörig erfolgt annahm, mit Recht gegen den in der Sitzung nicht erschienenen noch vertretenen Appellanten selbst in contumaciam erkannt hat.

II. Senat. Sitzung vom 26. April 1866.

Advokaten: Nacken — Herbertz.

Gemeines Kirchenrecht. — Churkölnisches Kirchenrecht. — Incorporation. — Portio congrua. — Baulast des Pfarrhauses.

Die **Incorporation** einer Pfarrkirche in eine Abtei begründet für Letztere die Verpflichtung, einen Vicarius perpetuus zu stellen, und denselben mit einer portio congrua auszustatten.

In der portio congrua ist aber weder nach gemeinem noch nach churkölnischem Kirchenrecht die Baulast des Pfarrhauses einbegriffen.

Vielmehr ist die Letztere sowohl gemeinrechtlich wie lokalrechtlich besonders regulirt, und ruht nach churkölnischem Kirchenrecht auch bei incorporirten Kirchen auf den **Parochianen**.

Digitized by Google

Pfarrkirche zu Deutz — Königliche Regierung zu Köln.

Die Pfarrkirche zu Deutz wurde im elften Jahrhundert der dortigen Abtei incorporirt, und dabei der Zehnte von Deutz und umliegenden Ortschaften auf die Abtei übertragen. Im Jahre 1804 wurde die Abtei säkularisirt; ihr Vermögen ging auf den Nassau-Usingen'schen, von diesem auf den Großherzoglich Bergischen und demnächst auf den Königlich Preußischen Fiscus über. Die im Jahre 1804 aus dem Verband mit der Abtei gänzlich wieder ausgeschiedene Pfarrgemeinde hatte auch seit dieser Zeit selbstständig das schon damals bestehende und zwischen den Abteigebäulichkeiten gelegene Pfarrhaus besessen. Bei Gelegenheit einer im Jahre 1861 nöthig gewordenen größeren Reparatur desselben behauptete sie, die Verpflichtung derselben laste auf dem Fiscus als dem Successor der Abtei Deutz; auf diese letztere sei aber die Verpflichtung zur Gestellung und Unterhaltung einer Pfarrwohnung durch die Incorporation übergegangen. Die Pfarrgemeinde Deutz erhob demnach Klage gegen den Fiscus, mittelst deren sie sowohl im Allgemeinen die Anerkennung der behaupteten Baulast, als auch insbesondere die Uebernahme der concreten Reparatur verfolgte. Der Fiscus bestritt diese Klage in jeder Hinsicht. Die Sache wurde in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung sehr ausführlich erörtert. Da indessen nur die in dem Urtheile des Hofes entschiedenen, in rubro aufgeführten Sätze von allgemeinerem Interesse sein dürften, und diese aus den Erwägungen des Urtheils selbst klar werden, so können die weiteren Erörterungen und Einwendungen hier übergangen werden.

Die Klage wurde durch Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln vom 10. Dezember 1863 abgewiesen, und die Berufung wider dieses Urtheil durch das nachfolgende Erkenntniß des Hofes verworfen.

I. E. auf die Hauptberufung:

Daß die von der Appellantin zunächst behauptete Thatsache, daß die Pfarrkirche zu Deutz von dem Erzbischof Heribert im Anfang des elften Jahrhunderts der Abtei zu Deutz incorporirt, und dabei der Zehnte von Deutz, Kalk, Vingst, Poll, Westhoven und Roleshoven der Abtei übertragen worden sei, durch die in dem Lacomblet'schen Urkun-

Digitized by Google

denbuch für die Geschichte des Niederrheins (Th. I. Nro. 136 u. 153) abgedruckten Urkunden vom 1. April 1003 und 3. April 1019, wenn deren Echtheit unterstellt wird, als erwiesen zu erachten ist;

Daß eine solche Incorporation nach canonischem Rechte die Wirkung hatte, daß die Abtei für die Pfarrgemeinde, die als solche fortbestehen blieb, das Pfarramt durch einen von ihr zu bestellenden Pfarrverweser, Vicarius perpetuus, zu verwalten hatte, und daß sie dem Letztern aus dem ihr überwiesenen Zehnten einen auskömmlichen Unterhalt (die congrua) zu gewähren verpflichtet war;

Daß in den die congrua betreffenden Bestimmungen, namentlich des concilium coloniense von 1536, Theil 8, Cap. 4, des concilium Tridentinum, sessio 7, Cap. 7 und der decreta synodalia des Erzbischofs Max Heinrich von 1662, Th. 3, tit. 7, Cap. 1, §. 3 u. 4 dieselbe als eine dem Vicarius perpetuus jährlich zu leistende praestation, die zuerst auf einen bestimmten Theil der kirchlichen Einkünfte, und später auf einen Geldbetrag festgesetzt wurde, bezeichnet wird, ohne daß dabei von einer Verpflichtung der Reparatur der Wohnung des Pfarrverwesers die Rede ist;

Daß schon hierdurch die Annahme begründet erscheint, daß diese Verpflichtung in der zu prästirenden congrua nicht einbegriffen war;

Daß diese Annahme aber noch mehr dadurch gerechtfertigt erscheint, daß über die Baulast nicht bloß der Kirchen, sondern auch der Pfarrhäuser besondere Bestimmungen getroffen sind, aus denen sich namentlich für die Erzdiözese Köln ergibt, daß die Reparatur der Letztern, insoweit sie nicht dem Pfarrer, als Nutznießer oblag, auch bei den incorporirten Kirchen als eine der Pfarrgemeinde obliegende Verpflichtung betrachtet wurde;

Daß nämlich aus den in den decreta synodalia des Erzbischofs Max Heinrich Th. 3, tit. 7, Cap. 3, §. 3 getroffenen Bestimmungen hervorgeht, daß die parochiani zum Wiederaufbau und Unterhalt des Pfarrhauses verpflichtet waren, während zu den kleineren Reparaturen der Pfarrer, als Nutznießer gehalten war, und die constitutio Clementina vom 28. August 1715 namentlich keinen Zweifel darüber obwalten läßt, daß dasselbe auch bei den incorporirten

Digitized by Google

Kirchen galt, da in dem Abſchnitt 3, welcher von der Reparatur der von den pastores und vicarii perpetui bewohnten Häuſer handelt, ebenfalls die parochiani kraft alter Gewohnheit zum Wiederaufbau und zur Reparatur der Pfarrhäuſer verpflichtet erklärt werden;

Daß zwar das concilium Tridentinum sessio 21, Cap. 7 die Baulaſt der Kirchen zunächſt der Kirchenfabrik, dann denjenigen, die Einkünfte von den Kirchen beziehen und endlich den parochiani auferlegt hat, und dieſe Beſtimmung nach der ihr von der Congregation der Cardinäle gegebenen Auslegung auch auf die Pfarrhäuſer Anwendung findet;

Daß indeſſen in den vorerwähnten decreta synodalia, nachdem Th. I., tit. 7, Cap. 2, §. 2 erwähnt iſt, daß bei der urſprünglichen Theilung der Kirchengüter ein Theil derſelben der Kirchenfabrik für den Wiederaufbau und die Reparatur der Kirchen zugewieſen ſei, und wenn das Fabrikvermögen dazu nicht hinreichend ſei, das Nöthige zunächſt von dem Decimator und dann von den Beneficiaten zu beſchaffen ſei, und dann erſt auf die parochiani zurückgegangen werden ſoll, in dem darauf folgenden §. 3 es als eine ſehr alte und in den meiſten Ortſchaften der Diözeſe beſtehende Gewohnheit bezeichnet wird, daß der decimator major das Schiff der Pfarrkirche, die Gemeinde den Thurm, und der Pfarrer den Chor erhalte und reparire; daß hieran die Vorſchrift geknüpft wird, daß dieſe Gewohnheit zu beobachten ſei, und ſodann in dem folgenden 3. Capitel §. 3 die Beſtimmungen getroffen werden, aus denen ſich für die Pfarrhäuſer ergibt, daß deren Reparatur und Wiederaufbau den Gemeinden obliegt;

Daß dieſe, ſo wie die in der constitutio Clementina enthaltenen Beſtimmungen das lokale Recht für die Erzdiözeſe Köln darſtellen, und daher zunächſt maßgebend ſind, während die Vorſchriften des concilium Tridentinum nur als ſubſidiäres Recht zur Anwendung kommen;

Daß demnach nicht anzunehmen iſt, daß die Baulaſt des Pfarrhauſes in der von der Abtei zu Deutz zu präſtirenden congrua einbegriffen war, oder auf dem ihr bei der Incorporation zugewieſenen Zehnten gelaſtet habe, weil auf Letzterm nach kölniſchem Kirchenrechte außer der congrua nur die Baulaſt der Kirche und auch dieſe nur theilweiſe haftete;

Digitized by Google

Daß demnach die Klage nur dann für begründet erachtet werden könnte, wenn nachgewiesen wäre, daß die Abtei zu Deutz die Baulast des Pfarrhauses als eine auf dem Zehnten lastende Verpflichtung in einer Weise getragen habe, daß daraus auf ein besonderes Gewohnheitsrecht geschlossen werden müßte;

Daß aus dem Umstande, daß die Abtei, als sie im vorigen Jahrhundert das Pfarramt zu Deutz durch einen Conventualen verwalten ließ, diesem Kost und Wohnung in einem zur Abtei gehörigen Gebäude gegeben hat, nicht gefolgert werden kann, daß dieses in Anerkennung und zur Erfüllung einer ihr obliegenden Verpflichtung zur Stellung einer Wohnung geschehen sei, zumal da in Deutz, wie sich aus der Urkunde vom 24. Dezember 1382 ergibt, ein Wedemhof (Pfarrhaus) bestand;

Daß, wenn die Abtei nach Inhalt dieser Urkunde mit der Stadt Köln eine Vereinbarung über eine Entschädigung getroffen hat, die ihr von der Letztern für Beschädigung ihrer Gebäude im Kriege zu entrichten war, und dabei der Wedemhof erwähnt wird, hierin kein Beweis dafür gefunden werden kann, daß die Abtei sich als Eigenthümerin des Wedemhofes angesehen oder sich rechtlich verpflichtet erachtet habe, für dessen Herstellung zu sorgen;

Daß dieselbe dadurch, daß der Wedemhof von einem von ihr bestellten Vicarius perpetuus bewohnt wurde, wohl veranlaßt werden konnte, ihn zu ihren Gebäuden zu zählen, und dessen Herstellung, als derselbe durch die Kriegsereignisse beschädigt war, durch Geltendmachung einer Schadensforderung gegen die Stadt Köln zu betreiben, auch wenn ihr in Betreff der Reparatur desselben keine Verpflichtung oblag;

Daß somit ein Gewohnheitsrecht, da überhaupt nicht constirt, von wem die Reparaturen des Pfarrhauses in früherer Zeit getragen sind, in keiner Weise nachgewiesen ist;

Daß endlich auch in Betreff des jetzigen Pfarrhauses, welches bis 1804 zu den Abteigebäuden gehörte und von dem Vicarius perpetuus bewohnt wurde, keine Beweise dafür vorgebracht sind, daß dasselbe von der Nassau-Usingen'schen Regierung in Anerkennung einer Verpflichtung, welche auf dem auf sie übergegangenen Zehnten haftete, der Kirche überwiesen worden ist, und der Umstand, daß in dem von

Digitized by Google

dem Amtmann Sandt am 24. Juni 1804 mit dem Bürgermeister und den Meistbeerbten von Deutz aufgenommenen Protokolle in Betreff der Ueberlassung der Abteikirche der Kaplaneigebäuden und des Viehhauses an die Gemeinde Deutz, das Pfarrhaus nicht erwähnt wird, der Vermuthung Raum gibt, daß dasselbe, weil es von dem Vicarius perpetuus bewohnt wurde, als ein Eigenthum der Kirche betrachtet, und deshalb nicht eingezogen und nicht überwiesen wurde, während der Wedemhof als ein Eigenthum der Abtei angesehen und deshalb von der Nassau-Usingen'schen Regierung in Besitz genommen und veräußert worden ist;

Daß hiernach die Berufung als unbegründet zu verwerfen ist;

Aus diesen Gründen

verwirft der Rhein. Appell.-Ger.-Hof die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln vom 10. Dezember 1863 eingelegte Berufung und verurtheilt die Appellantin in die gesetzliche Succumbenzstrafe und in die Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 16. Januar 1866.

Advokaten: von Hontheim — Nacken.

Ehescheidung. — Exekutorischer Titel. — Sequester.

Wird in einem Ehescheidungsprozeß das gemeinschaftliche eheliche Kind durch reformatorisches Urtheil des Appellhofs einem Dritten überwiesen, und eine der Parteien zur Zahlung von Alimenten an denselben verurtheilt, so bildet dieses Urtheil für den Dritten einen exekutorischen Titel, und gehören Streitigkeiten über die Frage, ob der Dritte die ihm obliegenden Verbindlichkeiten erfüllt hat, vor den Appellhof.

v. Gahlen — Asthöwer.

In einem Ehescheidungs-Prozesse zwischen Elise geborne Asthöwer und deren Ehemann v. Gahlen erkannte der Rhein. Appell.-Ger.-Hof durch reformatorisches Urtheil vom 27. Mai 1863 unter anderm, wie folgt:

Digitized by Google

verordnet, daß das aus der Ehe der Parteien stammende Kind Otto von Gahlen provisorisch bei der verwittweten Frau Asthöwer Gertrud geborne Lindlau dahier in Köln untergebracht werde, verurtheilt die Ehefrau von Gahlen, dieser das Kind zu übergeben und verurtheilt den von Gahlen monatlich 8 Thlr. im Voraus an die gedachte Wittwe Asthöwer so lange zu zahlen, als ihr die provisorische Unterhaltung des Kindes überlassen wird."

Am 2. März 1864 ließ die Wittwe Asthöwer, dieses Urtheil dem von Gahlen zustellen und machte ihm Zahlbefehl für die drei Monate Januar, Februar und März 1864 mit 24 Thlr.

Hiergegen erhob derselbe Einspruch zum Landgerichte in Düsseldorf mit der Behauptung, daß die Wittwe Asthöwer gar nicht qualificirt sei, auf Grund eines Urtheiles, bei welchem sie nicht Partei gewesen, dem Appellanten Zahlbefehl zu machen; jenes Urtheil bilde für sie keinen Titel am wenigsten einen executorischen Titel; zur Sache selbst könne sie aber auch die Alimente für das Kind nicht fordern, weil dasselbe sich fast gar nicht bei ihr, sondern im Widerspruche mit dem Urtheile des Appellhofes fast immer bei seiner Mutter aufhalte.

Auf die von der ꝛc. Asthöwer entgegengestellte Einrede der Incompetenz auf Grund des Art. 472 B.-Pr.-O. erklärte das Landgericht sich durch Urtheil vom 25. Juni 1864 zur Sache für incompetent und verurtheilte den Appellanten in die Kosten.

Gegen diese Entscheidung ergriff derselbe durch Act vom 29. October 1864 unter Bestellung des Advokaten Justizrath Herbertz zum Anwalt Berufung zur hiesigen Stelle und legte gleichzeitig für den Fall, wo die Berufung verworfen werden möchte, Einspruch gegen jenen Zahlungsbefehl vom 2. März 1864 ein.

Für Appellatin und Oppositin bestellte sich Advocat-Anwalt Justizrath Wallraf.

Die Sache kam auf Betreiben des erstern zur Rolle, und in der Sitzung vom 9. Juni 1865 zum Vortrage. Hier wurden die oben angeführten Anträge gestellt resp. wiederholt und beiderseits im mündlichen Vortrage weiter entwickelt, namentlich darüber gestritten, ob das Urtheil des Hofes vom

Digitized by Google

27. Mai 1863 einen executorischen Titel für Appellatin bilde, ob der Art. 472 B.-Pr.-O. auf dasselbe und den Streit der Parteien Anwendung finde, ob der event. Einspruch als ein bedingtes Rechtsmittel zulässig sei und ob der erbotene Beweis, namentlich gegenüber der Verpflichtung des Appellanten praenumerando zu zahlen, erheblich sei.

Nach Anhörung des öffentlichen Ministeriums erkannte der Hof wie folgt:

I. E., daß der Appell.-Ger.-Hof, indem er durch sein reformatorisches Erkenntniß vom 27. Mai 1863 in dem, damals gegen den heutigen Appellanten von seiner jetzt geschiedenen Ehefrau geführten Prozesse auf Trennung von Tisch und Bett verordnete, daß das gemeinsame Kind der streitenden Parteien für die Dauer des Prozesses der Großmutter desselben, der heutigen Appellatin, zur Obhut und Pflege übergeben werde, und dagegen den heutigen Appellanten zur Zahlung eines, monatlich praenumerando zu entrichtenden Alimentationsgeldes an die bezeichnete verurtheilte, hierdurch derselben Verrichtungen übertrug, welche in rechtlich-prozessualischer Hinsicht überall denen eines gerichtlich bestellten Sequesters gleichzuachten sind;

Daß der Art. 548 der B.-Pr.-O. juncto Art. 550 ibid. die Bestimmung in sich enthält, daß die durch ein Urtheil zu irgend einer Leistung verurtheilten Dritten, unter welchen insbesondere der bestellte Sequester genannt wird, zur Vollziehung der ihnen aufgegebenen Auflage im Wege der Execution unmittelbar auf Grund des rechtskräftig gewordenen Urtheils angehalten werden könne; somit einer Klage beziehlich Erwirkung eines gegen sie als Partei gerichteten urtheilsmäßigen Executionstitels es nicht erst noch bedarf;

Daß was von einer Invollzugsetzung des Urtheils gegen solche Personen Rechtens ist, unbestreitbar geeigneten Falles auch zum Vortheil derselben gelten muß;

Daß in dem Urtheile des Appell.-Ger.-Hofes vom 27. Mai 1863 demgemäß eine direkte Verurtheilung des heutigen Appellanten zur Zahlung der monatlichen Alimentationssumme von 8 Thlrn. für seinen bei der Appellatin untergebrachten Sohn zum Vortheil dieser Letzteren ausgesprochen worden ist;

Daß sowenig wie darüber, ob das erwähnte Urtheil einen Executivtitel direkt für die heutige Appellatin bilde, folge-

Digitized by Google

weise auch bezüglich der Frage ein Zweifel nicht obwalten kann, ob die untergebens auf Grund des besagten Erkenntnisses von der Appellatin gegen den Appellanten eingeleitete Execution, als die eines infirmirenden Urtheils des Hofes, im Sinne des Art. 472 der B.-Pr.-O. zur hiesigen Stelle gehöre;

Daß durch die Worte des Artikes: l'exécution, entre les mêmes parties, appartiendra u. s. w., im Einklange mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über res judicata und Instanzenzug, von der Regel des Artikels nur die Vollziehung des Urtheils gegen dritte, nicht im Prozesse betheiligt gewesene Partei-Interessenten ausgeschlossen werden sollte, nicht aber die Invollzugsetzung der Anordnungen des Urtheils durch, gegen oder für den, durch dasselbe ernannten Sequester, der in dieser Eigenschaft weder Partei noch Dritter ist, sondern gleichsam wie ein Delegatar des Gerichtes selbst erscheint und als solcher den Titel seiner Befugnisse und Pflichten aus ebendemselben Urtheile empfängt;

Daß durch das Gesagte sowohl die Beschwerde des Appellanten gegen den Incompetenzbescheid des ersten Richters, als zur Sache selbst der gegen den Zahlungsbefehl der Appellatin vorgebrachte erste Oppositionsgrund des angeblichen Mangels eines für Letztere vorhandenen Titels, ihre Widerlegung finden; und nur noch sich fragt, was auf die, event. vom Appellanten in zulässiger Weise nachträglich zur hiesigen Stelle erhobene Opposition gegen die angedrohte Execution wegen Zuwiderhandlung der Appellatin gegen die durch das Urtheil vom 27. Mai 1863 ihr als Hüterin des Kindes auferlegten Pflichten zu befinden sein wird;

J. E., desfalls, daß es für die gegenwärtige Procedur nur von den, für die Monate Januar, Februar und März 1864 zu zahlen gewesenen Alimentationsgeldern sich handelt;

Daß da diese Zeitperiode dermal der Vergangenheit angehört, für die Frage der Beweislast in gegenwärtiger Sachlage es ohne Einfluß erscheint, daß nach Inhalt des mehrerwähnten Urtheils die monatlichen Zahlungen für die Pflege des Knaben Otto von Gahlen vom Appellanten praenumerando entrichtet werden sollte;

Daß vermöge der allgemeinen Grundsätze über Beweislast es die Appellatin ist, welche als fordernder Theil die be-

Digitized by Google

ſtrittene Erfüllung der aus dem zu vollziehenden Urtheile ihr erwachſenen Pflichten zu erweiſen haben wird;

Daß ein dahin zu richtender Beweis durch Zeugen, in Uebereinſtimmung mit ihren desfallſigen factiſchen Behauptungen, der Appellatin in Gemäßheit des Art. 254 der B.-Pr.-O. von Amtswegen aufzugeben iſt;

Aus dieſen Gründen

verwirft der Rhein. Appell.-Ger.-Hof die Berufung wider das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Düſſeldorf vom 25. Juni v. J., und verurtheilt den Appellanten in die auf die Berufung ergangenen Koſten ſowie in die geſetzliche Succumbenzſtrafe; gibt, auf die Seitens des Appellanten zur hieſigen Stelle erhobene Oppoſition vom 29. October 1864, der Appellatin, jetzt Oppoſitin, den Beweis durch Zeugen darüber auf, daß ſie das Kind des Opponenten und der Eliſe geborenen Aſthöwer, Namens Otto von Gahlen, während der Monate Januar, Februar und März 1864 bei ſich aufgenommen und verwahrt habe ꝛc.

III. Senat. Sitzung vom 14. Juni 1865.

Advokaten: Herbertz — Wallraf.

Wechſel. — Indoſſament. — Ceſſion. — Bergwerksgeſellſchaft.

Gelangt ein Mangels Zahlung proteſtirter Wechſel durch Befriedigung des Indoſſatars in die Hand des erſten Indoſſanten und wird von dieſem gegen den Ausſteller und Acceptanten eingeklagt, ſo verlieren deſſen Indoſſament und die folgenden Indoſſamente ihre wechſelmäßige Bedeutung; ſo daß wenn ſpäter einer dieſer Indoſſatare wieder in den Beſitz des Wechſels gelangt, derſelbe in einem Prozeß gegen Ausſteller und Acceptanten bez. gegen Perſonen, welche durch dieſe gültig verpflichtet werden jedenfalls nur die Rechte eines Ceſſionars geltend machen kann.

Eine Bergwerksgeſellſchaft iſt eine Civilgeſellſchaft. Ein Mitglied dieſer Geſellſchaft kann

Digitized by Google

gegen dieselbe Forderungen erwerben und geltend machen, ohne die Auflösung derselben vorher zu veranlassen.

Müller und Consf. — Isaak und Gassen.

Appellat Isaak belangte den Bernhard Müller als Vertreter des Moseler Bergwerks- u. Hüttenvereins gleichzeitig mit Peter Kagenbusch, Bergwerks-Direktor zu Berncastel, Carl Wilhelm von der Heyden, Dr. der Medicin und Rentner zu Essen, Georg Theodor Osius Procurator zu Hanau, Sigmund von Meyer, Minister a. D. zu Cassel und Dr. C. Oetker Obergerichts-Anwalt zu Cassel beim Handelsgerichte zu Trier mittelst Ladung vom 27. Mai 1862, um sich in ihrer Eigenschaft als Theilhaber und Gesellschafter des vorgedachten Hüttenvereins solidarisch zur Zahlung von 9020 Thlr. nebst Zinsen vom 1. Juni 1862 verurtheilen und das Urtheil durch Körperhaft vollstreckbar erklären zu hören. Er stützte diese Klage darauf, daß er Inhaber von 7 Wechseln für den Kapital-Betrag von 7500 Thlr. sei, die von Kagenbusch auf den Hüttenverein gezogen und von Bernhard Müller als dem Vertreter des letztern acceptirt seien, wofür also die Gesellschafter dieses Vereins haftbar seien. Sämmtliche auf die Ordre von Gassen gezogene Wechsel waren verfallen am 3. Juni 1859 und wurden Mangels Zahlung protestirt. Vier dieser Wechsel A. B. C. D. bezeichnet trugen das Indossament des Gassen auf Isaak vom 2. März 1859 und von demselben Tage von Isaak auf Altschüller; zwei Wechsel L. und M. trugen kein Idossament des Gassen zu Gunsten von Isaak; ein Wechsel enthielt ein solches Indossament des Gassen auf Isaak vom 3. Mai 1862. Durch Ladung vom 21. Juni 1859 klagte Gassen sämmtliche Wechsel mit Ausnahme des letzterwähnten gegen Kagenbusch und Müller ein, erwirkte gegen erstern ein rechtskräftiges Urtheil, wurde jedoch gegen letztern in 2 Instanzen abgewiesen. Der jetzt erhobenen Klage des Isaak wurde von den Verklagten zunächst die Einrede der Incompetenz, sodann eine Reihe anderer Einreden namentlich auch die der mangelnden Aktivlegitimation entgegengestellt. In Folge dieser Einreden intervenirte Gassen in den Prozeß und trug darauf an, ihm zu beurkunden, daß er keine Ansprüche aus den Wechseln zu machen habe, diese vielmehr dermalen dem Kläger Isaak rechtmäßig zuständen. Durch Urtheil vom 22. Januar 1864

Digitized by Google

verwarf das Landgericht die Einrede der mangelnden Aktivlegitimation und Passivlegitimation, gab dem Gassen einen decisorischen Eid darüber auf, ob er nicht für die Wechselbeträge befriedigt sei und dem Isaak, ob ihm dies nicht bekannt gewesen sei;

Gegen dieses Urtheil ergriffen die Berufung Müller unter Bestellung des Advokaten Justizrath Herbertz, von der Heyden, Osius und Gech unter Bestellung des Advokaten Justizraths Widenmann. Für Isaak bestellte sich Advokat Justizrath Compes, für Gassen Advokat Justizrath Kyll sämmtlichen Appellanten gegenüber. Im Laufe der Instanz verglichen sich von der Heyden und Osius mit dem Kläger. Hier machte Anwalt Herbertz geltend: Isaak sei theils gar nicht legitimirter Inhaber der Wechsel, theils nur Cessionar des Gassen und deshalb allen Einreden unterworfen, die dem letztern entgegenständen; 6 Wechsel nämlich habe Gassen, an dessen Ordre sie ausgestellt gewesen seien und der sie an Isaak weiter indossirt gehabt habe, im Gesammtbetrage von 6500 Thlr. gleich anfänglich nach Verfall und Protest im Jahre 1859 wider Kagenbusch und Müller eingeklagt, am 11. August 1859 auch dafür ein Urtheil gegen Kagenbusch erwirkt, wogegen er durch dasselbe Urtheil gegen Müller abgewiesen worden sei; seine Berufung wider diese Entscheidung sei durch Urtheil vom 16. Februar 1860 verworfen worden; Gassen sei also damals rechtmäßiger Inhaber der Wechsel gewesen und sein auf 4 der Wechsel stehendes Indossament erloschen; ein neues Indossament nach dem 16. Februar 1860 auf Isaak existire nicht; letzterer sei daher gar nicht legitimirt, event. nur Kraft neuer Uebertragung Inhaber nach erhobenem Protest und somit Cessionar des Gassen; auf zweien jener 6 Wechsel stehe überhaupt kein Indossament auf Isaak; hier leite er seine Legitimation aus der Behauptung ab, daß er die Wechsel eingelöst habe; allein er habe nicht die Rechte eines Ehrenzahlers, da er nicht als Nothadresse auf den Wechseln gestanden, dieselben nicht bei Verfall sondern 3 Wochen nachher eingelöst haben wolle, auch nicht erklärt habe, für wen er gezahlt habe, also präsumtive zur Entlastung des Hauptschuldners gezahlt habe; den 7. Wechsel endlich habe er nur durch ein Indossament vom 3. Mai 1862, also lange nach Verfall und Protest übertragen erhalten; wenn also Isaak nicht sofort Mangels Legitimation abge-

Digitized by Google

wiesen werde, so würde er nur in den Rechten des Gassen stehen, dieser könne aber nicht klagen, da er selbst Mitglied des Moseler Bergwerks- u. Hüttenvereins zur Zeit der Ausstellung der Wechsel gewesen und noch sei und da nicht nur die Wechsel geschaffen worden seien, um dem Vereine Geld zu schaffen, sondern auch Gassen sich in einem Vertrage vom 18. Juli 1860, worin die Eigenthümer und Mitglieder des Vereins die Bergwerke an einen gewissen Bailly und Baron von Zuylen verkauft hätten, ausdrücklich verpflichtet habe, die Wechsel herauszugeben, Gassen könne daher nur auf Auseinandersetzung der Gesellschaft event. aus dem Acte vom 18. Juli 1860 klagen; endlich sei Isaak schon mehr wie bezahlt durch die andern Wechselverpflichteten, jedenfalls sei Solidarität und Körperhaft sofort abzuerkennen.

Diesen Ausführungen schloß sich der Anwalt Widenmann an, wogegen die Anwälte Compes und Kyll dieselben zu widerlegen suchten. Insbesondere suchte Anwalt Compes geltend zu machen:

1) Die Behauptung, daß Isaak nur eine vorgeschobene Person für Gassen sei, werde bestritten, auch sei die darauf gegründete Einrede der Simulation im Wechselrechte unzulässig;

2) Isaak sei der Inhaber der Wechsel und als solcher legitimirt, jedenfalls für diejenigen, welche auf ihn indossirt worden, kraft der Indossamente. Sein Recht könne ihm durch fremde Handlungen nicht beeinträchtigt werden, insbesondere auch nicht durch die Prozedur des Gassen gegen Kagenbusch und Müller aus den Jahren 1859 und 1860 event. könne nur Kagenbusch daraus excipiren, nicht aber seine Mitverklagten, die nur als Personen belangt seien, die aus den Accepten des Müller verbindlich seien. Müller sei aber zu jener Zeit nicht verurtheilt, sondern die Klage gegen ihn durch das Urtheil v. 16. Februar 1860 abgewiesen worden.

3) Das ganze Rechtsverhältniß des Gassen müsse Isaak höchstens nur bezüglich des einen Wechsels gelten lassen, welcher erst nach der Protest-Erhebung auf ihn indossirt sei. Wenn man hierbei den Act vom 18. Juli 1860 anrufe, so sei zunächst geltend zu machen, daß derselbe gar nicht zur Verwirklichung gekommen und durch eine von Bailly und Baron von Zuylen erhobene Auflösungsklage streitig.

Digitized by Google

Der Appell.-Ger.-Hof erließ folgendes

Urtheil:

J. E., daß die Klage des Appellaten Isaak auf 7 von Kagenbusch auf den Moseler Bergwerks- und Hütten-Verein gezogenen, von dem Appellanten Müller Namens des letztern acceptirten und an die Ordre von Gassen ausgestellten drei Monats-Wechsel vom 1. März 1859 gegründet wird;

Daß von diesen Wechseln, welche sämmtlich bei Verfall am 3. Juni 1859 Mangels Zahlung protestirt sind, nur einer das Indossament des Gassen auf Isaak vom 3. Mai 1862 enthält, während die 4 ersten mit A. B. C. D. bezeichneten die Indossamente des Gassen auf Isaak vom 2. März 1859 und von Isaak auf Altschüller vom 3. März ejusd. anni an sich tragen und die 2 letzten (L. u. M.) mit keinem Indossamente zu Gunsten des Isaak versehen sind;

Daß die zuletzt erwähnten 6 Wechsel im Gesammtbetrage von 6500 Thlr. bereits durch Ladung des Gassen vom 21. Juli 1859 gegen Kagenbusch und Müller eingeklagt sind, in Folge dessen Kagenbusch, Ausweise des Urtheils vom 11. August 1859 und des Anerkenntnisses desselben vom 8. Mai 1860, rechtskräftig zur Zahlung jenes Betrages verurtheilt worden ist, wogegen die Klage wider den damals persönlich belangten Müller in beiden Instanzen abgewiesen wurde, — daß hieraus unzweideutig erhellt, daß Isaak, sowie er von seinem Nachmanne Altschüller in Anspruch genommen und dieser laut seiner Quittung vom 7. Juni 1859 von ihm befriedigt worden war, er seinerseits den Regreß gegen seinen Vormann Gassen genommen hat, in Folge dessen letzterer damals wieder in Besitz der fraglichen Wechsel gekommen ist und so jene Urtheile gegen Kagenbusch und Müller erwirken konnte;

Daß hierdurch die früheren Indossamente des Gassen auf Isaak vom 2. März 1859 ihre wechselmäßige Bedeutung verloren hatten und durch eine spätere angeblich im Jahre 1862 erfolgte Rückgabe der Wechsel an Isaak nicht wieder aufleben konnten; auch, soviel namentlich die Wechsel L. und M. betrifft, wenn durch eine angeblich am 20. Juni 1859 zu Gunsten des Gassen erfolgte Ehrenzahlung Rechte aus denselben auf Isaak übergegangen sein sollten, diese doch dadurch, daß später am 21. Juli 1859, Gassen selbst als Inha-

Digitized by Google

der der Wechsel erscheint, als wieder aufgegeben anzusehen sein würden;

Daß es daher bezüglich dieser 6 Wechsel, in Ermangelung eines anderweiten formellen Uebertrages, an der in Art. 36 Allg. D. Wechsel-Ordn. verlangten Legitimation des Isaak fehlt und abgesehen davon, ob dieser Mangel durch den Besitz der Wechsel und durch spätere Erklärungen des Intervenienten würde ersetzt werden, doch jetzt schon jedenfalls soviel gewiß ist, daß alle vorerwähnten Wechsel, — auch der, welcher das Indossament des Gassen auf Isaak vom 3. Mai 1862 trägt, — sowie nach der von Gassen gegen Kagenbusch und Müller angestellten Klage, so auch erst nach Verfall und nach aufgenommenem Proteste Mangels Zahlung auf Isaak übertragen resp. von ihm wieder erworben worden sind, er also in Gemäßheit des Art. 16 alin. 2 der Allg. D. Wechsel-Ordn. nur in die Rechte seines Indossanten Gassen dem Acceptanten und Aussteller gegenüber getreten ist, so daß er alle Einreden, welche gegen seinen Cedenten Gassen erhoben werden können, sich auch als Cessionar gefallen lassen muß;

Daß nun die fraglichen Wechsel sämmtlich von Müller, Namens des Moseler Bergwerks-Vereins acceptirt worden sind und nach dem Gesellschafts Vertrage vom 17. Juli 1858 nicht zu bezweifeln ist, daß er zu diesem Accepte berechtigt war und der Verein durch dasselbe verpflichtet wurde;

Daß der Zweck dieses Vereins zufolge des gedachten Gesellschafts-Vertrages die Ausbeutung verschiedener an der Mosel belegener Bergwerke war, deren Concession man bereits erlangt hatte;

Daß eine derartige gesellschaftliche Vereinigung, wie sie hier von den im Acte benannten 7 Personen eingegangen ist, nicht als Handelsgesellschaft, sondern im Sinne des B.-G.-B. und des Gesetzes vom 21. April 1810 als eine reine Civilgesellschaft sich darstellt, an deren Natur als solcher durch die bei dem Handelsgerichte erfolgte Publication des Vertrages nichts geändert werden konnte und welche als ein selbstständiges, von der Person der einzelnen Theilnehmer getrenntes, Rechtssubjekt so lange angesehen werden muß, als der Zweck der Association dauernd vorhanden und dieselbe selbst nicht wieder aufgehoben ist, was zu bewirken, dem einzelnen Gesellschafter gegen den Willen der übrigen nicht zusteht;

Daß daher Gassen eine persönliche Forderung an den

Digitized by Google

genannten Bergwerks-Verein ebensowohl erlangen konnte, als auch der weitern Geltendmachung derselben, der Umstand, daß er selbst, wie nicht bestritten, Mitglied des Vereins geworden war, nicht hindernd entgegenstehen würde, indem er sich auf eine Klage auf Auseinandersetzung des gesellschaftlichen Verhältnisses, welches im vorliegenden Falle nicht einmal zulässig gewesen sein würde, nicht verweisen zu lassen braucht, dieser Umstand vielmehr event. nur die Folge haben würde, daß nach Feststellung der Forderung an die Gesellschaft in ihrer Gesammtheit, demnächst dieselbe bezüglich seines Kopfantheiles daran reducirt werden müßte;

Es wird sodann aus den Bestimmungen des Vertrags vom 18. Juli 1860 näher entwickelt;

Daß weder Kagenbusch noch Gassen, so lange dieser Vertrag zu Recht besteht, befugt erscheinen, irgend welche Ansprüche aus den fraglichen Wechseln zu erheben, also auch nicht Isaak der Cessionar von Gassen;

Daß indessen die Ankäufer Bailly und v. Zuylen, Ausweise der Ladung vom 7. Juni 1861 gegen ihre Verkäufer auf Auflösung der ebenbezeichneten Verträge geklagt haben, somit über die Frage deren Rechtsbeständigkeit Litispentenz vorhanden ist und daher auch über die Klage des Isaak jetzt nicht definitiv abweisend entschieden werden kann.

Aus diesen Gründen

weis't der Rhein. Appell.-Ger.-Hof auf die Berufung des Müller erkennend, unter Reformation des gedachten Urtheiles, die Klage des Isaak, sowie die Intervention des Gassen als zur Zeit unbegründet ab.

II. Senat. Sitzung vom 8. Februar 1866.

Advokaten: Herbertz, Widenmann, Compes, Kyll, Forst.

Gemeinde. — Trottoiranlage. — Polizei-Verordnung.

Die Hauseigenthümer einer Stadt haben nur dann bei Höhen-Veränderungen der Straße einen Anspruch auf Schadensersatz gegen die Gemeinde, wenn die Veränderung sich als eine neue, das ursprüngliche Terrain-Verhältniß wesentlich alterirende Anlage, nicht aber, wenn

Digitized by Google

sich dieselbe nur als eine den Regeln der Technik entsprechende Verbesserung der Straße darstellt, deren event. Vornahme bei Errichtung des betreffenden Hauses bereits hätte in Betracht gezogen werden können.

Den Hauseigenthümern einer Stadt kann nur durch ein Gesetz, nicht aber durch eine bloße Polizei-Verordnung die Verpflichtung zur Anlage von Trottoirs auf ihre Kosten auferlegt werden.

Stadt Elberfeld — Jung.

Eine für die Stadt Elberfeld gehörig publicirte Polizei-Verordnung vom 24. März 1858 bestimmt in §. 1: „Bei Neubauten, größern Umbauten der Häuser oder Umänderung der Façaden — wird den Bauenden die polizeiliche Erlaubniß nur unter der Verpflichtung ertheilt werden, — gleichzeitig den Bürgersteig mit Granit- oder Sandsteinplatten zu versehen." §. 2 Ueberhaupt soll außer den in §. 1. gedachten Fällen mit der Anlage von Trottoirs allmälich straßenweise der Art vorgegangen werden, daß jährlich eine Länge von 400 Ruthen mit Platten belegt wird; jedoch wird die Polizeidirection ihre betreffenden Anordnungen so einrichten, daß dieselben die von der Gemeinde gewährten alljährlichen Zuschüsse nicht übersteigt. §. 3. Seitens der Polizeidirection wird allen betreffenden Eigenthümern eine schriftliche Aufforderung zugefertigt werden, darin ihnen eine viermonatliche Frist, binnen welcher die Legung der Platten u. s. w. geschehen muß, genau bestimmt und zugleich angedroht wird, daß im Falle der Säumniß das Weitere auf ihre Kosten von Amtswegen veranlaßt werden, und die Einziehung der Kosten executorisch erfolgen soll."

In der Baupolizei-Ordnung für Elberfeld vom 17. October 1860 heißt es: §. 14. Die den Anschießenden obliegende Herstellung des Trottoirs, welches die Polizeibehörde verordnet, erfolgt unter Leitung des Stadtbaumeisters.

Bei Gelegenheit der Neupflasterung der Grünstraße und Louisenstraße erhob Jung als Eigenthümer zweier daran anstoßenden Häuser Beschwerde, daß durch das veränderte Niveau seinen Häusern Schaden zugefügt werde, und klagte, da seine Reclamationen im Verwaltungswege keinen Erfolg hatten, beim Kgl. Landgericht zu Elberfeld gegen die Stadt Elberfeld

Digitized by Google

auf Ersatz jenes Schadens und zugleich der Kosten der ihm in Folge der Umpflasterung abverlangten neuen Trottoiranlage. Die Stadt bestritt ihre Verpflichtung in der einen und andern Beziehung. Durch Urtheil vom 26. October 1864 erachtete das Kgl. Landgericht die Verpflichtung der Stadt zur Entschädigung wegen der durch Aenderung des Nivellements herbeigeführten Benachtheiligung der anstoßenden Häuser im Prinzip für begründet, und gab dem Kläger die articulirten Beweise auf, hielt sodann auch die angeführten Polizei-Verordnungen für unverbindlich, insofern sie die Hauseigenthümer mit den Kosten der Trottoirs belasteten, und verordnete deren Ermittlung. Gegen dieses Urtheil ergriff die Stadt Elberfeld die Berufung zum Rh. Appell.-Ger.-Hofe vor welchem 1) über die Verpflichtung der Stadt, für die durch Veränderung des Straßennivellements den anstoßenden Häusern zugefügten Schadens aufzukommen, 2) über die Rechtsgültigkeit und Wirksamkeit der angeführten Polizei-Verordnungen, sofern es nicht bloß die Ausführung, sondern insbesondere die Verpflichtung zur Tragung der Kosten betreffe, gestritten wurde.

In Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentlichen Ministeriums erließ der Hof folgendes

Urtheil:

In Erwägung, soviel den ersten Klagepunkt anbelangt:

Daß den Grundsätzen, von welchen der erste Richter bei Beurtheilung dieses Klagepunktes ausgegangen ist, nur beigepflichtet werden kann;

Daß es sich demnach — die schädliche Einwirkung der in Rede stehenden Veränderung der Straßen-Anlage auf das Haus des Appellaten vorausgesetzt — nur noch um die Frage handelt, ob jene Veränderung als eine neue, das ursprüngliche Terrain-Verhältniß wesentlich alterirende Anlage, oder aber nur als eine, den Regeln der Technik entsprechende Verbesserung der Straße sich zu erkennen gibt, deren event. Vornahme bei Errichtung des appellatischen Hauses bereits hätte in Betracht gezogen werden können;

Daß die im Urtheile a quo mit Beziehung hierauf verfügte Beweisauflage sowohl zulässig, als zweckdienlich erscheint;

Digitized by Google

Daß, was das dermalige subsidiarische Beweis-Erbieten der Appellantin betrifft, der Zulassung desselben, nach Maaßgabe des vorstehend Gesagten, nichts im Wege steht;

J. E., soviel den zweiten Klagepunkt anbelangt:

Daß hier unter den Parteien nur die Frage streitig ist, ob dem Appellaten die Verpflichtung aufliegt, die durch die appellantischer Seits angeordnete Trottoir-Anlage entstehenden Kosten zu tragen;

Daß die Appellantin eine solche Verpflichtung der Gegenseite aus den §§. 2 und 3 der gehörig publizirten Polizei-Verordnung vom 24. März 1858 herleitet;

J. E., daß eine directe, unzweideutige Auflage solcher Last auf alle Hauseigenthümer Elberfelds aus dem Inhalte dieser Paragraphen nicht klar erhellt, vielmehr der §. 2 die Annahme nahe legt, daß die Kosten der Trottoir-Anlagen am Fuße bereits bestehender Gebäude, der Regel nach, aus den Seitens der Gemeinde-Verwaltung alljährlich zu machenden Zuschüssen bestritten werden sollen, während im §. 3 seiner Wortfassung nach, nur dann die Herrichtung des Trottoirs auf Kosten des Anliegers bewirkt werden soll, wenn derselbe nach erfolgter specieller Aufforderung eine viermonatliche Frist hat ablaufen lassen, ohne der Aufforderung Folge zu leisten;

Daß auch die Elberfelder Baupolizei-Ordnung vom 17. October 1860 im §. 14 eine allgemeine Verpflichtung der in Rede stehenden Art nicht statuirt, sondern nur besagt, daß „die dem Anschießenden obliegende Herstellung des Trottoirs, welches die Polizeibehörde verordnet" unter Leitung des Stadtbaumeisters zu erfolgen habe;

J. E., daß wenn von Vorstehendem abzusehen und anzunehmen sein möchte, daß nach Maaßgabe der Verordnung vom 24. März die streitigen Herstellungs-Kosten vom Appellaten zu tragen wären, die vom ersten Richter verneinte Frage sich erhebt, ob überhaupt der Polizeibehörde die Befugniß zustehe, eine solche Belastung aufzulegen;

J. E., zu dieser Frage, daß der zunächst appellantischer Seits angerufene Art. 544 des B.-G.-B. nicht Platz greift, indem es sich vorliegend nicht um eine Contestation über die Art der Benutzung des appellatischen Eigenthums, sondern darum handelt, ob einzelnen Ortsbewohnern mit Rücksicht

Digitized by Google

auf ihr Eigenthum Seitens der Polizeibehörde eine, schließlich auf eine Geldleistung sich reducirende Auflage der gedachten Art gemacht werden kann;

Daß kein Gesetz den Ortsbehörden eine solche Befugniß einräumt;

Daß dieselbe insbesondere nicht in derjenigen einbegriffen ist, über die Einrichtung, die Unterhaltung und die Benutzung der Straßen Anordnungen zu treffen, wie sie durch das französische Gesetz vom 16. — 24. August 1790 und das bergische Decret vom 18. December 1808 Art. 27 Nro. 7 den Ortsobrigkeiten zugewiesen war;

Daß ebensowenig das Gesetz über die Polizei-Verwaltung vom 11. März 1850 der Appellantin zur Seite steht, und namentlich der zunächst hier einschlagende §. 6 b. der Polizeibehörde nicht das Recht ertheilt, die darin bezeichneten, ihr anheimgegebenen Maaßnahmen auf Kosten einzelner Ortseinwohner oder einer besondern Kategorie derselben zur Vollziehung zu bringen, solcher Annahme vielmehr der, auch vom ersten Richter bezogene allgemeine Grundsatz entgegensteht, daß der allgemeine Nutzen nicht auf Kosten Einzelner gefördert werden soll;

J. E. daß auch die speciell in Betreff der Straßenpflasterung erlassenen Vorschriften zu keinem anderen Ergebnisse führen;

Daß was die für Frankreich und das linke Rheinufer erlassenen betrifft, die Gesetze vom 28. September — 6. October 1791 und vom 11. Frimaire J. VII. die Kosten für die Pflasterung der Straßen den Gemeinden, als moralischen Personen, auflegen;

Daß ein Staatsraths-Gutachten vom 25. März 1807 und ein kaiserliches Decret vom 7. August 1810 eine Ausnahme hiervon nur für den Fall gestatten, wenn die ordentlichen Einkünfte der Gemeinden für die Bestreitung der Pflasterungs-Kosten nicht ausreichen und zugleich ein alter Ortsgebrauch für die Heranziehung der anliegenden Hauseigenthümer besteht;

Daß für das ehemalige Großherzogthum Berg die mit Gesetzeskraft versehene Jülich-Bergische Polizeiordnung von 1554 unter der Rubrik: „Vom Bauen in den Städten, al. 11, die Anwohner einer städtischen Straße nur insoweit für

Digitized by Google

die Bepflasterung der Straßen bis zu deren Mitte herangezogen sind, als sie die Pflasterer zu „belohnen und zu bekösligen" hatten, im Uebrigen aber die Kosten von den Stadtgemeinden zu bestreiten waren;

Daß durch ein später für die Stadt Düsseldorf besonders erlassenes kaiserliches Decret vom 11. Januar 1809 im Art. 1 die Hauseigenthümer zur Herrichtung des Steinweges oder Bürgersteiges vor ihren Häusern verpflichtet erklärt worden sind, nachdem zuvor durch ein Großherzoglich-Bergisches Decret vom 9. September 1806 den Anschießenden eine ausgedehntere Verpflichtung aufgelegt worden war, ein Beweis, daß die damaligen Gesetzgeber die Auflage einer derartigen Verpflichtung keineswegs als zu den Attributionen der Orts- oder Polizeibehörde gehörig ansahen;

J. E., daß nach allem diesem der in Frage stehende Theil der Polizei-Verordnung vom 24. März 1858, beziehungsweise der auf dieselbe gegenüber dem Appellaten gegründete Anspruch der gesetzlichen Unterlage entbehrt;

Daß zwar der §. 13 der Verordnung vom 17. October 1860 für die Zahlung eines Zuschusses zur Neupflasterung von Straßen durch die anliegenden Hauseigenthümer auf einen Ortsgebrauch Bezug nimmt; daß es indeß, da hier ein solcher Fall nicht vorliegt, ja überhaupt es sich nicht um eine eigentliche Pflasterung handelt, es eines näheren Eingehens auf diese Bestimmung nicht bedarf;

Daß nach allem diesem der betreffenden Entscheidung des ersten Richters nur beigepflichtet werden kann;

J. E., daß soviel die Kosten anbelangt, dieselben sämmtlich der Appellantin zur Last zu legen sind, da ihr nunmehriges Beweiserbieten schon in erster Instanz zu stellen gewesen wäre;

Aus diesen Gründen

verstattet der Kgl. Rhein. Appell.-Ger.-Hof über die gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Elberfeld vom 26. October 1864 eingelegte Berufung zu Recht erkennend, die Appellantin zu dem durch Zeugen und die bereits in erster Instanz ernannten Experten zu führenden Beweis, daß bei der nothwendig gewordenen Neupflasterung der Grün- und Louisenstraße das neue Pflaster zur Herstellung eines richtigen

Digitized by Google

und gleichmäßigen Gefälles an der Ecke gedachter Straße um einige Zoll gehoben werden mußte;

Daß auch nur eine solche geringe Erhöhung und nur in dem Maaße, wie solches technisch und kunstmäßig zur Herstellung eines richtigen Niveaus geboten war, statt gefunden hat;

Verbindet diese Beweisführung mit der vom ersten Richter angeordneten, verwirft im Uebrigen die eingelegte Berufung; weiset die Sache zur weitern Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz zurück, und verurtheilt die Appellantin in die Kosten gegenwärtiger Instanz.

II. Senat. Sitzung vom 1. Juni 1866.

Advokaten: Widenmann — Lautz.

Commissionär. — Spiel und Wette.

Der Klage des Commissionärs gegen den Committenten aus Lieferungsgeschäften mit Waaren, welche einen Marktpreis haben, kann nicht die Einrede entgegengesetzt werden, derselbe habe die in Auftrag gegebenen Geschäfte nicht mit dritten Personen geschlossen. — Der Einwand, die Geschäfte seien Spiel und Wette gewesen, kann nur durch den Nachweis einer unter den Parteien in diesem Sinne getroffenen Uebereinkunft dargethan werden.

Brandenburg — Voss.

J. E., daß der Art. 376 des B.-G.-B. dem Commissionär unter den Voraussetzungen, welche im gegenwärtigen Falle nach der Eigenschaft der Waaren und nach der Correspondenz vorliegen, für befugt erklärt, dem Committenten gegenüber, selbst als Käufer oder Verkäufer aufzutreten;

Daß daher die Behauptung des Appellanten, der Appellat habe nicht mit dritten Personen in Folge der ihm ertheilten Aufträge Käufe und Verkäufe geschlossen, sondern die in der Klage bezogenen Geschäfte selbst für eigene Rechnung gemacht, nicht berücksichtigt werden kann, und der dem Appellaten deferirte Eid, soweit er diesen Punkt zum Gegenstand hat, irrelevant ist;

Digitized by Google

J. E., daß die fernere Behauptung, die Geschäfte seien nur Spiel und Wette gewesen und daher gemäß Art. 1965 des B.-G.-B. nicht klagbar, sich nicht, wie von dem ersten Richter geschehen zu sein scheint, einfach durch die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches im Titel vom Kauf und von der Commission beseitigen läßt, da diese Bestimmungen wirkliche Kauf- und Lieferungsverträge voraussetzen, während dann wenn die Contrahenten sich nur der äußern Form und zum Scheine solcher Geschäfte bedienen, in Wirklichkeit aber lediglich über ein Spiel um die Differenz übereingekommen sind, keine Handelsgeschäfte vorhanden sind und die allgemeinen Grundsätze des Civilrechts Platz greifen;

J. E., daß aber dieser Einwand von dem Appellanten überzeugend erwiesen werden muß, wenn den Geschäften, welchen an sich die Gestalt der ernstlichen Commission beiwohnt, für beide Contrahenten und ihr Rechtsverhältniß zu einander eine andere Natur zugeschrieben werden soll;

Daß die producirten Briefe des Appellanten überall Aufträge zum Verkauf oder zur Deckung in der bei wirklichen Handelsgeschäften der betreffenden Art gewöhnlichen Weise enthalten, und nirgend ersichtlich ist, daß nach der Uebereinkunft der Parteien die Berechtigung oder Verpflichtung, event. die Waare effectiv zu liefern oder zu empfangen, ausgeschlossen sei und unter allen Umständen auf beiden Seiten nur die Differenzen berechnet werden sollten;

Daß der Appellant, welcher sich in dem Briefe vom 24. Juni 1865 als den alleinigen Inhaber des Fruchtgeschäfts der früheren Consum-Gesellschaft der Vereinigten Bäckermeister ausgegeben hat, dem Appellaten nicht einwerfen kann, daß er nur ein Bäcker oder Conditor sei, und daß aus dieser seiner angeblichen Eigenschaft eines bloßen Handwerkers sein Wille, nur zu spielen, ersichtlich gewesen;

Daß auch, insofern die Kraft der Verträge und die Sicherheit des Verkehrs nicht untergraben werden soll, derartige Wahrscheinlichkeiten aus der Person und den Verhältnissen des einen Contrahenten, deren Kenntniß oder deren Erforschung dem andern Contrahenten im Handel nicht zugemuthet werden kann, ebenso wenig entscheidend sein können, als es darauf ankommt, welchen Zweck oder welche Absicht der eine oder der andere Contrahent bei sich gehabt haben möge, vielmehr nur durch den Nachweis der Uebereinkunft oder eines

Digitized by Google

ausgetauschten Willens, wonach keiner von ihnen in Zukunft die effective Lieferung oder Empfangnahme zu fordern berechtigt sein sollte, die hier behauptete Simulation dargethan werden würde.

III. Senat. Sitzung vom 1. Juni 1866.

Advokaten: Bessel — Maassen.

Armenpflege. — Hülfs-Domizil.

Welche Gemeinde hat die Armenpflege zu übernehmen, wenn ein Neuanziehender, welcher im ersten Jahr seines neuen Wohnsitzes unterstützungsbedürftig wird, sowohl während der Unterstützungsperiode, wie auch nach dem Aufhören der Bedürftigkeit in der neuen Gemeinde wohnen bleibt, ohne daß von dieser gegen die frühere Gemeinde der Anspruch auf Zahlung der gewährten Unterstützungen beziehungsweise Wiederübernahme des Bedürftigen geltend gemacht worden ist; und demnächst durch ein neues Ereigniß die Hülfsbedürftigkeit wieder eintritt?

Gesetz vom 31. Dezember 1842 über Armenpflege und Gesetz über die Aufnahme neu anziehender Personen von demselben Tage.
Gesetz vom 21. Mai 1855.

Breyell — Brüggen.

Am 16. September 1861 war Hahn mit Familie aus der Gemeinde Breyell in die Gemeinde Brüggen verzogen und bereits im Mai 1862 unterstützungsbedürftig geworden. Derselbe erhielt bis zum September 1862 aus den öffentlichen Armenmitteln der Gemeinde Brüggen Unterstützungen. Mit diesem letzterwähnten Zeitpunkte hörte die Bedürftigkeit auf. Im Monat Juni 1863 starb Hahn, welcher bis dahin beständig in Brüggen seinen Wohnsitz beibehalten hatte. Durch den Tod des Hahn wurde dessen aus minderjährigen Kindern bestehende Familie unterstützungsbedürftig. Jetzt erst verlangte die Gemeinde Brüggen, welche sich bisher passiv verhalten hatte, von der Gemeinde Breyell die Uebernahme der verarmten Familie Hahn. Die Königl. Regierung zu Düsseldorf erlies folgendes Resolut:

Digitized by Google

Daß die Gemeinde Brüggen mit ihrem Anspruche auf Ueberweisung der verwaisten Kinder des Heinr. Jos. Hahn an die Gemeinde Breyell abzuweisen, daß dahingegen die letztere Gemeinde zur Erstattung derjenigen Kosten verpflichtet sei, welche während des Zeitraums vom Mai bis 16. September 1862 seitens der Gemeinde resp. des Armenverbandes Brüggen zur Unterstützung der Familie Hahn aufgewendet worden sind.

Gründe.

Die Familie H. J. Hahn zog, unter vorschriftsmäßiger Anmeldung, am 16. September 1861 von Breyell nach Brüggen. Nachdem sie anfänglich mehrfach von den Nachbarn unterstützt worden, trat im Mai 1862 die unverkennbare Nothwendigkeit öffentlicher Unterstützung ein; dieselbe dauerte während der Krankheit und Schwangerschaft der schwindsüchtigen Ehefrau Hahn bis nach deren Entbindung und Tode und würde demnächst allem Vermuthen nach auch noch über den November 1862 hinaus fortgedauert haben, wenn nicht von den vorhandenen vier Kindern die beiden jüngsten einstweilen von Verwandten in Pflege genommen und dadurch die öffentlichen Unterstützungen zeitweise entbehrlich geworden wären, bis am 16. Juni d. J. auch der Vater gestorben und nun neuerdings die Nothwendigkeit der Fürsorge für die Kinder hervorgetreten ist.

Nach Art. 1 alin. 2 der Armen-Novelle vom 21. Mai 1855 ist die Zulässigkeit der Zurücküberweisung eines Neuangezogenen an den früheren Wohnort nach den Verhältnissen während des ersten Jahres nach dem Anzuge zu beurtheilen. Für die Erhebung und Geltendmachung des Anspruches ist zwar eine bestimmte Frist nicht vorgeschrieben und insofern der Ablauf jenes Jahres nicht unbedingt präkludirend, dahingegen folgt aus der Natur der Sache, daß die Erhebung des Anspruches auch nicht schlechthin einseitiger Willkühr überlassen bleiben kann, und daß demgemäß nach Ablauf des Jahres der Anspruch nur dann noch als rechtzeitig angebracht zu erachten ist, wenn eine ununterbrochene Continuität in der Entwickelung der Angelegenheit seit dem Hervortreten der Unterstützungsbedürftigkeit innerhalb des Jahres bis zur Anbringung des fraglichen Anspruches auf Rückweisung erkennbar ist. An einer solchen Continuität fehlt es im vorliegenden Falle. Denn als die Hülfsbedürf-

Digitized by Google

tigkeit der Familie Hahn im Jahre 1862 deren Unterstützung erheischte, wurden zwar von einzelnen Mitgliedern der Armencommission wiederholt bei dem damaligen Bürgermeister Anträge auf Zurückweisung der Familie gestellt, allein Letzterer hat es abgelehnt, darauf einzugehen; die Antragsteller haben demnächst den ihnen offenstehenden Weg der Beschwerde gegen die Auffassung des Bürgermeisters nicht betreten und sich also stillschweigend bei dessen Verfahren beruhigt; im November 1862 hat sodann die Unterstützung der Familie aufgehört; darnach hat ein Wechsel im Bürgermeister-Amte stattgefunden und die Angelegenheit ist auch dann noch beruhen geblieben, bis 1¾ Jahre nach dem Anzuge der Familie mit dem Tode des Familienvaters ein ganz neues Moment der Verarmung und Unterstützungsbedürftigkeit hinzugetreten und die Veranlassung zur Wiederaufnahme des früher zwar in Anregung gebrachten, aber von competenter Stelle gar nicht wirklich erhobenen Anspruches geworden ist. Daß dieses neue Ereigniß indessen weder zur selbstständigen Basis des Anspruches dienen konnte, noch geeignet war, den letztern als unmittelbare und bloße Folge der Verhältnisse des Jahres vom 16. September 1861 bis dahin 1862 erscheinen zu lassen, wird ohne nähere Ausführung einleuchten.

Das Vorstehende begründet die Abweisung des Antrages auf Rücküberweisung der Kinder nach Breyell.

Die Verpflichtung letztgenannter Gemeinde zur Erstattung der während des ersten Jahres verwendeten Kosten, folgt dagegen aus Art. 1. al. 1. a. a. O. indem darnach Breyell bis zum Ablauf des 1. Jahres Hülfs-Domizil des ꝛc. Hahn geblieben ist.

Dieser Ansicht der Königl. Regierung schloß sich der Herr Professor Dr. Bauerband in einem Gutachten an; die entgegengesetzte Ansicht vertraten die Herren Justizrath König in Cleve und Widenmann in Köln. Auf letztere gestützt, erhob die Gemeinde Brüggen Opposition gegen das Resolut der Königl. Regierung und erwirkte am Landgericht in Cleve ein obsiegendes Urtheil, wodurch die ganze Armenpflege der Gemeinde Brüggen zur Last gelegt wurde. Letztere legte hiergegen Berufung ein. Bei Verhandlung der Sache wurde von der Appellantin wesentlich geltend gemacht: Die Appellatin habe durch die Belassung des Hahn in ihrer Gemeinde und die Nichtgeltendmachung ihrer Ansprüche gegen Breyell

Digitized by Google

auf ihre Rechte verzichtet; von der andern Seite dagegen hervorgehoben, daß für die Geltendmachung ihrer Rechte keine Frist vom Gesetz vorgeschrieben sei, ein Verzicht nicht vorliege und die von der Regierung geforderte Continuität in der Entwickelung der Angelegenheit auf einer unklaren Vorstellung beruhe.

Das öffentliche Ministerium beantragte die Verwerfung der Berufung und ging hierbei von folgenden Grundsätzen aus: Hahn sei im Laufe des ersten Jahres seiner Niederlassung in Brüggen hülfsbedürftig geworden, hierdurch nach dem oben citirten Gesetz vom Mai 1855 für diese Gemeinde keine Verpflichtung zur Pflege der Familie Hahn entstanden, dieselbe sei daher berechtigt von der frühern Gemeinde die Rückerstattung der gewährten Unterstützungen zu verlangen und sei die Armenpflege bei der Gemeinde Breyell verblieben.

Von einem Verzicht auf ein Recht seitens der Gemeinde Brüggen könne nur bei der Rückforderung der vom Mai — September 1842 gewährten Unterstützungen, nicht aber rücksichtlich der Uebernahme der Armenpflege überhaupt die Rede sein. Es handle sich in letzterer Beziehung nicht von dem Aufgeben eines der Gemeinde Brüggen gegen die Gemeinde Breyell zustehenden Rechts, sondern nur von der Frage, ob für die erstere eine Verpflichtung zur Armenpflege entstanden sei. Nun sei für die Gemeinde Brüggen nach dem Gesetz keine Verpflichtung entstanden, eine solche habe daher nur durch eine freiwillige vertragsmäßige Uebernahme, nicht aber durch Handlungen, welche unter den Begriff von Verzicht fallen, von der Gemeinde Breyell auf sie selbst übergehen können. Nach Lage aller Verhältnisse liege aber auch kein Verzicht vor.

Die Verpflichtung der frühern Gemeinde zur Armenpflege dauere jedoch, bei fortgesetzter Niederlassung in der neuen Gemeinde nicht in infinitum in der Art fort, daß jene auch für diese fernern Ereignisse, durch welche die Unterstützungsbedürftigkeit von neuem eintritt, einzustehen habe, es laufe vielmehr nach Beendigung der zuerst eingetretenen Armuthsperiode vom Tage der zuletzt gewährten Unterstützung ein neues Probejahr, in gleicher Weise wie bei einem Neueinziehenden, so daß, wenn die Hülfsbedürftigkeit von neuem innerhalb dieses Jahres eintritt, die frühere, wenn nach Ablauf dieses Jahres, die neue Gemeinde für diese neue Hülfsbedürftigkeit die Armenpflege zu übernehmen habe. Da nun

Digitized by Google

das neue Probejahr mit September 1862 begonnen und Hahn bereits im Juni 1863 gestorben, so verbleibe die Pflicht zur Armenpflege bei der Gemeinde Breyell.

Der Königl. Appell.-Ger.-Hof erließ folgendes

Urtheil:

In E., daß nach Art. 1 des Gesetzes vom 21. Mai 1855 in Abänderung der Vorschriften des §. 1 Nro. 2 und §. 3 des Gesetzes über die Verpflichtung zur Armenpflege vom 31. Dezember 1842, sowie des §. 5 des Gesetzes über die Aufnahme neuanziehender Personen von demselben Tage die Erwerbung des sogenannten Unterstützungs- oder Hülfs-Domizils insbesondere davon abhängt, daß der Neuanziehende in der Gemeinde, wo er in Folge Anmeldung neues Domizil erworben hat, welcher Fall untergebens nach Behauptung der Appellantin vorliegt, ein Jahr lang gewohnt und während dieser Zeit keiner öffentlichen Unterstützung wegen Verarmung nothwendig bedurfte;

Daß unter den Parteien factisch feststeht und aus den Acten, insbesondere der zu Brüggen aufgenommenen Protokollarverhandlung vom 23. Juni 1863 und dem Schreiben des Bürgermeisters zu Brüggen vom 4. Juli, a. q. sich auch ergibt, daß die Familie Hahn am 16. September 1861 aus der appellatischen Gemeinde Breyell in die Gemeinde Brüggen verzogen ist und bereits im Monat Mai 1862 und von da bis wenigstens zum Monat September a. q. wiederholt Unterstützungen aus den öffentlichen Armenmitteln der Gemeinde Brüggen erhalten und daß durch den Tod des Hahn im Monat Juni 1863 eine abermalige Hülfsbedürftigkeit der hinterlassenen Kinder des Hahn eingetreten ist;

In E., daß hiernach die Erwerbung des sogenannten Hülfs-Domizils untergebens um deswillen nicht stattgefunden hat, weil die Familie Hahn in der appellatischen Gemeinde kein volles Jahr gewohnt hat, ohne der Hülfe der appellatischen Gemeinde aus öffentlichen Armenmitteln zu bedürfen;

Daß aber aus dem Umstande, daß die appellatische Gemeinde die hülfsbedürftige Familie Hahn im Laufe des 1. Jahres ihrer Uebersiedlung mehre Monate unterstützt hat, nicht gefolgert werden kann, daß sie auf ihr Recht, der Familie Hahn das sogenannte Hülfs-Domizil nicht zu gewäh-

Digitized by Google

ren, habe verzichten wollen, weil ein Verzicht von Richtern nur anzunehmen ist, wenn er aus unzweideutigen Handlungen hervorgeht; der vorgedachte Umstand auch die Deutung zuläßt, daß dieses nur aus Schonung gegen die Familie Hahn und in der Hoffnung geschehen ist, daß deren Hülfsbedürftigkeit vorübergehend sei, vorbehaltlich jedoch des ihr vorerwähnten zuständigen Rechtes;

Daß sonach das Urtheil a quo zu bestätigen, und die Berufung ohne weitere Berücksichtigung der Subsidiaranträge der Parteien zu verwerfen ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rhein. Appell.-Ger.-Hof die Berufung vom Urtheile des Königl. Landgerichts zu Cleve vom 27. Juli 1864, verurtheilt die Appellantin in die Succumbenzgelder und die Kosten des gegenwärtigen Verfahrens.

III. Senat. Sitzung vom 30. Juni 1866.

Advokaten: Herbertz — Widenmann.

Kirche. — Legat. — Königl. Genehmigung.

Ist zur Gültigkeit eines einer Kirche vermachten Legates die Königl. Genehmigung erforderlich, so können die durch die Versagung derselben begründeten Rechtsverhältnisse durch eine spätere Genehmigung nicht mehr verändert werden.

Kirche zu Lövenich — Weißweiler.

Der Notar Gormanns zu Erkelenz kündigte auf den 28. September 1857 auf Anstehen des Vorstandes der katholischen Pfarrkirche zu Lövenich eine öffentliche Verpachtung verschiedener aus einem angeblich zu ihren Gunsten rechtsbeständigen Vermächtnisse der am 28. Januar 1834 verstorbenen Regina Emunds, Ehefrau Werner Geilenkirchen herrührenden und in der Umgegend von Lövenich gelegenen Grundstücke, 40 an der Zahl, in den öffentlichen Blättern an.

Die oben als Appellaten benannten Eheleute Weißweiler und Peter Heinrich Vonberg widersetzten sich indessen durch Gerichtsvollziehersact vom 28. September v. J. dieser Verpachtung, weil die Kirche von Lövenich nicht Eigenthümerin dieser Ländereien sei, das in dem Testamente der Emunds vom 5. März 1833 enthaltene Vermächtniß die gesetzliche

Digitized by Google

Genehmigung nicht erhalten, des Königs Majestät vielmehr durch Allerhöchste Kabinets-Ordre vom 17. März 1835 auf den Einspruch der Intestaterben der Emunds diese Genehmigung versagt habe, die Intestaterben auch von dieser Allerhöchsten Entscheidung, im Januar 1836 durch die betreffenden Behörden in Kenntniß gesetzt worden seien, hierauf auch die zur Last fallenden Stempelsteuern bezahlt hätten und demnach als die alleinigen Eigenthümer und Besitzer der fraglichen, später auch unter ihnen abgetheilten Ländereien (vorbehaltlich der dem überlebenden Ehemanne Werner Geilenkirchen davon zugestandenen Nutznießung) seit dem Todestage der Emunds betrachtet werden müßten und dies Eigenthum ihnen nicht mehr habe entzogen werden können.

Die angekündigte Verpachtung hatte in Folge dieses Einspruches nicht statt; die katholische Kirchenverwaltung von Lövenich leitete aber, nachdem sie zuvor die erzbischöfliche Genehmigung dazu erlangt hatte, am 19. Dezember 1857 eine Klage gegen die Eheleute Weißweiler und den ꝛc. Vonberg bei dem hiesigen Königl. Landgerichte ein, worin sie darauf antrug, den oben erwähnten Einspruch für ungerechtfertigt zu erklären, das zur Begründung dieses Einspruches durch die Beklagten in Anspruch genommene Eigenthum der fraglichen Nachlaß-Immobilien zufolge des Testamentes der Regina Emunds vom 5. März 1833 ausschließlich der Klägerin zuzuerkennen und die Beklagten zu verurtheilen, alles, was sie aus dem besagten Immobilar-Nachlasse sich angeeignet hätten, nebst den Perzepten der Klägerin zu überweisen.

Zur Rechtfertigung dieser Klage wurde in der Ladung bemerkt: daß der Immobilar-Nachlaß der Regina Emunds nach deren Testament vom 5. März 1833 und in Folge der desfallsigen landesherrlichen Genehmigung vom 12. August 1857 der Klägerin zustehe.

Die Beklagten trugen auf Abweisung der Klage an, indem sie behaupteten, durch die erste Königl. Kabinets-Ordre ein unwiderfetzliches Recht erworben und zudem den Besitz ergriffen zu haben.

Durch Urtheil vom 31. März 1858 hat das Königl. Landgericht die Klage abgewiesen.

Von dieser Entscheidung hat die Klägerin durch Act vom 10. Mai l. J. Berufung eingelegt und die Sache zur

Digitized by Google

Rolle befördert, worauf unter den Anwälten Schriften gewechselt und folgende Anträge gestellt worden sind.

Für die Appellantin: Es wolle dem Rhein. Appell.-Ger.-Hof gefallen, die Berufung gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 31. März 1858 anzunehmen, dieses Urtheil zu reformiren.

Der Hof wolle dieselben zum Beweise durch Zeugen und Urkunden darüber zulassen:

Daß die Intestaterben der Ehefrau Geilenkirchen im Jahre 1834 bei den Behörden die Versagung der landesherrlichen Genehmigung der in dem Testamente der Ehefrau Geilenkirchen vom 5. März 1833 zu Gunsten der Kirche zu Lövenich enthaltenen Verfügung nachgesucht und zur Unterstützung dieses Gesuchs angeführt haben, daß die Testirerin wider ihren Willen von ihrem Manne zur Errichtung des fraglichen Testaments verleitet worden; daß in Folge dessen der Bürgermeister zu Lövenich von seiner vorgesetzten Behörde aufgefordert worden, darüber die von den Intestaterben bezeichneten Personen zu vernehmen und darauf über diese Vernehmung das Protokoll vom 2. August 1834 vom Bürgermeister zu Lövenich aufgenommen worden; Daß nur auf Grund dieser von den Intestaterben gemachten Angaben und der im Protokolle vom 2. August 1834 enthaltenen Aussagen der Elisabeth Vogts, Ehefrau des Ackerknechts Anton Merten, des Ackerers Gerhard Schieffer und der Wittwe Mathias Wilhelm Heynen von den Behörden auf Versagung der landesherrlichen Genehmigung der fraglichen letztwilligen Verfügung angetragen worden;

Daß aber diese Angaben und Erklärungen nur erdichtet waren; daß insbesondere das fragliche Testament in Abwesenheit des Ehemanns der Testirerin aufgenommen und daß die Eheleute Geilenkirchen stets im besten Einverständniß gelebt; daß Geilenkirchen selbst am 21. November 1856 vor dem Bürgermeister zu Lövenich und den als Zeugen zugezogenen Peter Heinrich Latten und Arnold Rirgens die im Protokolle des Bürgermeisters vom gedachten Tage enthaltenen Erklärungen abgegeben, insbesondere die obigen Angaben der Intestaterben als unwahr bezeichnet und sich dahin geäußert, daß seine Ehefrau Regina Emunds weder von ihm noch von einem Dritten zu der quaest. letztwilligen Ver-

Digitized by Google

fügung veranlaßt worden, sondern, daß sie diese Verfügung aus eigenem Entschlusse und Antriebe getroffen habe.

Für die Appellaten:

Der Rhein. Appell.-Ger.-Hof wolle die wider das Urtheil des Landgerichts zu Aachen vom 31. März 1858 eingelegte Berufung verwerfen und Appellantin in Strafe und Kosten verurtheilen.

Nach Anhörung des öffentl. Ministeriums erkannte der Appell.-Ger.-Hof wie folgt:

In E., wenn die Regina Emunds, Ehefrau des Werner Mathias Geilenkirchen in dem notariellen Testamente vom 5. März 1833 der Appellantin ihr gesammtes Immobilar-Vermögen als ein Vermächtniß zu kirchlichen und Armenzwecken zuwies, die Gültigkeit dieses Legats nach §. 2 des Gesetzes vom 13. Mai 1833 durch die landesherrliche Genehmigung bedingt war;

Daß aber, da diese Genehmigung durch den Allerhöchsten Erlaß vom 7. November 1835 ausdrücklich versagt und hiervon durch die Königl. Verwaltungsbehörde den Intestaterben Kenntniß gegeben war, diesen Intestaterben nach Art. 1043 B. G. B. ein unwiderrufliches Eigenthum an dem Immobilarnachlaß der Regina Emunds erwuchs, und durch die Versteuerung des Nachlasses und dessen Inbesitznahme nach dem Tode des Nießbrauches realisirt wurde, welches durch die spätere, erst am 12. August 1857 erfolgte Allerhöchste Genehmigung der Annahme des Legats Seitens der Appellatin, die nach §. 7 des Gesetzes vom 13. Mai 1833 unbeschadet der Rechte dritter Personen ertheilt worden, der Appellatin und ihren Miterben nicht mehr entzogen werden konnte;

Daß hiernach die erstrichterliche Entscheidung sich durch die oben angezogenen Gesetze und Umstände rechtfertigt, ohne daß dabei die Veranlassung und die Motive des Erlasses vom 7. November 1835, als eines Actes der höchsten Staatsgewalt, in Betracht und zur Erörterung gezogen werden könne, weshalb das subsidiarisch von der Appellantin beantragte Beweisverfahren unerheblich sei.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Rhein. Appell.-Ger.-Hof die Berufung gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 31.

Digitized by Google

März d. J. unter Verurtheilung der Appellantin in die Kosten dieser Instanz und die gesetzliche Geldbuße.

II. Senat. Sitzung vom 27. März 1858.

Advokaten: Esser I. — Forst.

Eigenthum. — Unterirdisches. — Recht der Ausbeute von Mineralien und Steinen. — Zehn- und Dreißigjährige Ersitzung.

Nach dem B.-G.-B. ist die Theilung des Eigenthums an Immobilien in oben und unterirdisches Eigenthum statthaft. Von Letzterm verschieden ist das Recht der Ausbeute von Steinen und Mineralien unter der Oberfläche; Letzteres ist Mobilar und kann daher eine Uebertragung dieses Rechts keinen Titel für die zehnjährige Ersitzung des unterirdischen Eigenthums abgeben. Die einzelnen Acte der Ausbeute sind für sich allein noch nicht als Besitzhandlungen anzusehen welche nach dreißig Jahren zur Erwerbung des unterirdischen Eigenthums führen.

Ackermann — Gemeinde Niedermendig.

Die Ehefrau Sugé verkaufte durch Act vom 18. Januar 1832 an den Appellanten Ackermann ein Grundstück, welches an einen der Gemeinde Niedermendig gehörigen Weg anstieß und zugleich das Recht der Ausbeute von Niedermendiger Steinen unter diesem Weg. Nachdem Ackermann die Steine ausgebeutet, richtete er die unterirdische Höhlung unter dem Wege im Jahr 1840 zu einem Verbindungsgang zwischen zwei ihm gehörigen Kellern ein. Im Jahre 1863 vindicirte die Gemeinde gegen Ackermann den Raum unter dem Gemeindeweg. Der Klage wurde die Einrede der zehn- und dreißigjährigen Erwerbung entgegengesetzt. Der Appell.-Ger.-Hof erließ folgendes

Urtheil:

In E., daß es nicht bestritten worden, daß die Appellatin die Eigenthümerin der Oberfläche des auf der Karte vom 30. Juli 1864 mit den Nummern a. c. x. g. m. f. h. d.

Digitized by Google

n. p. b. bezeichneten Weges abgesehen von der in Anspruch genommenen Breite desselben ist, daß daher, da der Art. 55 B.-G.-B. die presumtio juris aufstellt, daß dem Eigenthümer der Oberfläche eines Grundstücks auch das Eigenthum unter derselben zustehe und Appellant es nicht in Abrede stellt, daß er um seine seitwärts dieses Weges gelegenen Grundstücke mit einander in Verbindung zu setzen, unter dem Wege einen Verbindungsweg hergestellt und sowohl an dieser Stelle als an andern Stellen unter dem von der Appellatin beanspruchten Raume Steine gebrochen und sich zugeeignet hat, die erhobene Vindikationsklage wohl begründet ist, insofern nicht Appellant den Beweis liefert, daß er zu dem gedachten Durchbruch und Wegbruch der Steine wohl berechtigt ist;

Daß der Appellant sich zum Beweise seines behaupteten Rechts auf die zehn- und dreißigjährige Verjährung stützt;

Daß zwar das Urtheil erster Instanz diese der Klage entgegengesetzte Einrede schon aus dem Grunde verworfen hat, weil nach Art. 552 B.-G.-B. welcher eine fictio juris, eine sogen. presumtio juris et de jure aufstelle, ein Eigenthum an dem unterirdischen Raum gesondert von der oberen Fläche desselben nicht denkbar, mithin auch selbstverständlich eine gesonderte Bewerbung des unterirdischen Theils nicht möglich sei;

Daß aber dieser Grund der Entscheidung nicht für zutreffend erachtet werden kann, indem das Rhein. Recht, um den Bedürfnissen des praktischen Lebens zu entsprechen, das strenge Prinzip des römischen Rechts von der Untheilbarkeit des Eigenthums nach horizontalen Flächen aufgegeben und nicht blos ausnahmsweise für die verschiedenen Stockwerke von Häusern, sondern prinzipmäßig die Möglichkeit einer solchen Theilung im Art. 553 B.-G.-B. anerkannt und hiedurch auf directem Wege erreicht hat, was das römische Recht, von gleichem Bedürfnisse getrieben, im Gange seiner Entwickelung durch die Creirung des dinglichen Rechts der Superfizies zu erreichen bestrebt war;

Daß demnach, da die Möglichkeit der erwerbenden Verjährung an dem Unterirdischen gesondert von der Oberfläche zugegeben werden muß, die Frage entsteht, ob die Bedingungen derselben vorhanden sind.

J. E., daß Appellant sich zur Begründung der zehnjährigen Verjährung auf den Act vom 18. Januar 1832 als

Digitized by Google

Titel stützt, daß jedoch dieser Act, wenn er sich auch auf das hier fragliche Terrain beziehen möchte, nicht geeignet ist, als Titel zur Verjährung zu dienen, indem nach den klaren Worten des Actes das Eigenthum an dem an den Weg anstoßenden Grundstücke, von dem Rechte der Exploitation unter dem Wege geschieden und sohin ein Zwiefaches von der Verkäuferin A. Burgard Ehefrau C. Sugé, nämlich das Eigenthum des an den Weg anstoßenden Grundstückes und das Recht der Exploitation unter diesem Wege verkauft wird, dieses Exploitationsrecht aber ein Mobilarrecht darstellt und sohin der Titel für dasselbe nicht als Titel zu Ersitzung des Eigenthums geltend gemacht werden kann;

J. E., was die von dem Appellanten eventuell vorgeschützte Einrede der dreißigjährigen Verjährung angeht, daß derselbe in factischer Beziehung in erster Instanz die Behauptung aufgestellt hatte, daß er seit 1832 den gedachten unterirdischen Weg besessen, indem er Steine darin ausgebrochen und den dadurch entstandenen Raum als Durchgang nach seinen an der Südseite des Weges gelegenen Steingruben, die theilweise zu Bierkellern eingerichtet seien, benutzt habe, während er jetzt diese Artikulation dahin modificirt, daß er dreißig Jahre rückwärts vor der Klage (10. März 1863) den unterirdischen Theil des streitigen Weges dadurch besessen und benutzt habe, daß er an verschiedenen Stellen desselben Steine ausgebrochen, namentlich, daß er im Jahr 1840 den Durchbruch zum Zwecke der unterirdischen Verbindung seiner Steingruben in der Parzelle Flur 8 Nr. 112 und Flur 7 Nr. 360—365 angelegt habe;

Daß aber, wenn auch der erbotene Beweis dieser Articulationen erbracht werden möchte, doch dadurch die behauptete Verjährung nicht begründet sein würde, indem erstlich ein Recht zur Wegnahme von Steinen unter dem fraglichen Wege nach dem Obigen ebenso gut auf einem Mobiliarrechte beruhen, als der Ausfluß des Eigenthums sein kann; mithin von solchen Handlungen nicht gesagt werden kann, daß sie nothwendiger Weise als Eigenthumshandlungen angesehn werden müßten, und in dieser Eigenschaft vorgenommen seien, zumal im untergebenen Falle, da eine solche Auffassung mit dem oben allegirten Titel in Widerspruch gerathen würde, und indem ferner, wenn es auch wahr sein sollte, daß Appellant seit 1832 an einzelnen Stellen unter dem Wege Steine

Digitized by Google

weggebrochen habe, auch dieſen Handlungen der Charakter der Oeffentlichkeit nicht beigewohnt haben kann, da die Steinbrüche in den Niedermendiger Felſen unterirdiſch betrieben werden und unter dem Wege nothwendig unterirdiſch betrieben ſein müſſen;

Daß ferner auch der Wegbruch der Steine an einzelnen Stellen nicht die Beſitzergreifung des ganzen Terrains unter dem Wege in ſich ſchließt und endlich, wenn man auch dem Durchbruch unter dem Wege her, da er zugleich als Weg zu den Bierkellern benutzt ſein ſoll, den Charakter der Clandeſtinität nicht beilegen kann, doch derſelbe unerheblich iſt, da er nach der jetzigen Artikulation der Appellanten erſt im Jahr 1840 ſtattgefunden haben ſoll, ſeitdem aber dreißig Jahre nicht verfloſſen ſind;

Daß demnach dem Appellanten die dreißigjährige Verjährung nicht zur Seite ſteht.

I. Senat. Sitzung vom 29. Mai 1866.

Advokaten: Herbertz u. Nacken — v. Hontheim.

Beamter. — Verjährung. — Interruption. — Suspenſion derſelben. — Servitut.

Die Erwerbung einer Servitut an einem Immöbel, welches einer Gemeinde gehört, wird während derjenigen Zeit, in welcher der Erwerber Bürgermeiſter dieſer Gemeinde war, nur ſuspendirt, ſo daß die Zeit vor und nach der amtlichen Stellung für die Verjährung zuſammengerechnet wird.

Herfeldt — Eſſer.

Der Vater des Appellanten war vom Jahre 1823 — 1835 Bürgermeiſter von Kempen. Derſelbe hatte längere Zeit mehr als 6 Jahre vor 1823 bis nach 1835 an einer der Gemeinde Kempen gehörigen, ſpäter in das Eigenthum des Klägers und Appellaten Eſſer übergegangenen Mühle Spaliere, welche in dem Mauerwerk befeſtigt waren, beſeſſen und war dieſer Beſitz auch nach 1835 durch ihn ſelbſt und ſeine Erben bis 1864 fortgeſetzt worden. Auf die Klage des Eſſer auf Beſeitigung dieſer Spaliere, welcher die Einrede der

Digitized by Google

Erwerbung durch Verjährung entgegengesetzt wurde, hatte das Gericht in Cleve dieselbe zugesprochen.

Der Appell.-Ger.-Hof wies die Klage durch folgendes reformatorisches Urtheil ab.

Urtheil:

In E., daß es sich aber in Betreff desjenigen Theils des Gartens, welcher auf der Karte mit A und im Kataster mit A Flur XII. Nro. 430 bezeichnet ist, in faktischer Beziehung anders verhält, indem der Vater des Appellanten, zur Zeit als er Bürgermeister von Kempen war, denselben unbestritten schon besaß, daß er daher in dieser Zeit, nicht in der Lage war, gegen die Gemeinde, deren Vermögensverwaltung ihm amtlich oblag, durch Verjährung zu erwerben, hierbei aber die Frage sich aufwirft, ob durch dies amtliche Verhältniß des Vaters des Appellanten zu der Gemeinde eine Unterbrechung der von demselben gegen die letztern begonnene Verjährung, oder lediglich eine Suspension derselben eintrat, indem im ersten Falle beim Mangel eines 30jährigen Besitzstandes nach 1839 und eines solchen vor 1823 eine vollendete Verjährung nicht vorhanden sein könne, während, wenn blos eine Suspension eingetreten sein sollte, die faktische Frage zu prüfen ist, ob, wenn zu der Besitzzeit nach 1839 die Besitzzeit vor 1823 hinzugerechnet wird, ein Besitzstand von 30 Jahren vorliegt;

Daß es aber nicht zweifelhaft ist, daß untergebens nur von einer Suspension Rede sein kann, daß nämlich die Interruption der Verjährung auf die Interruption des Besitzstandes zurückzuführen ist, Art. 2242 seq. B.-G.-B., wenn derselbe aufgehoben oder turbirt worden oder gesetzlich als turbirt fingirt wird;

Daß dagegen die Fälle der Suspension auf ganz anderm Gebiete gelegen sind und insbesondere eine solche in dem Falle eintritt, wenn wegen der mangelhaften Vertretung der Objekte von deren Verjährbarkeit es sich handelt die Verjährung ausgeschlossen sein soll, wie dies Hinderniß ausdrücklich in dem ehelichen Verhältnisse Art. 2253 B.-G.-B. und in dem Verhältnisse der Beneficiarerben zur Beneficiarmasse bezüglich der Forderungen desselben zu der Masse, Art. 2258, anerkannt wird;

Digitized by Google

Daß ein ganz analoges Verhältniß obwaltet in der Stellung des Vermögen besitzenden Kindes zum Vater, des Minderjährigen zum Vormund, des Interdizirten zum Curator und der Gemeinde zu ihrem Bürgermeister als Verwalter ihres Vermögens, so daß auch bei solchen Verhältnissen, in so weit in denselben überhaupt der Verjährung ein Hinderniß entgegen steht, nur an eine Suspension, an ein Ruhen derselben gedacht werden kann;

J. E., daß es sich demnach nur noch nach dem Ergebniß der Beweisaufnahme fragen kann.

J. E., daß nach dem Jahr 1839 ein Besitzstand von etwa 24 Jahren unbestreitbar ist, und daß auch ein mehr als genügender Besitzstand vor 1823, um zusammengerechnet einen mehr als 30jährigen Besitzstand darzustellen, als erwiesen anzunehmen ist.

Aus diesen Gründen

hebt der Hof das Urtheil des Gerichts in Cleve vom 31. Oktober 1865, in so weit es auf die Convention des Appellaten nach den Anträgen desselben erkannt hat, auf, und, statt dessen erkennend, weiset er die unter'm 29. November 1864 erhobene Klage desselben ab, unter Verurtheilung in die Kosten beider Instanzen, die Rückgabe der Succumbenzstrafe verordnend.

I. Senat. Sitzung vom 19. Juni 1866.

Advokaten: Nacken — Dubelmann.

Subhastation. — Drittbesitzer. — Meliorationen.

Das im Art. 2175 des B.-G.-B. dem Drittbesitzer verliehene Recht wegen Melioration des subhastirten Grundstücks wird nicht nur im Collokations- sondern auch im Distributions-Verfahren im Wege der Distraktion geltend gemacht.

Popelreuter — Altmann.

J. E., daß der Art. 2175 des B.-G.-B. dem Drittbesitzer, gegen den ein Subhastationsverfahren durchgeführt worden ist, das Recht einräumt, wegen der von ihm zur Verbesserung der subhastirten Realitäten gemachten Verwendungen den Betrag des aus der Verbesserung entstandenen höheren Werthes zurück zu fordern;

Digitized by Google

Daß das B.-G.-B. sich dabei zwar nicht näher über die Art und Weise der Geltendmachung dieses Rückforderungsrechtes ausspricht, und namentlich keine Bestimmungen enthält, durch welche die desfallsigen Ansprüche des Drittbesitzers sicher gestellt würden;

Daß gleichwohl mit Rücksicht auf die in dieser Hinsicht bei Einführung des B.-G.-B. herrschende den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprechende Praxis ein Zweifel darüber nicht bestehen kann, daß dem Drittbesitzer auch nach dem B.-G.-B. ein Separations- oder Distractionsrecht eingeräumt bleiben sollte, weil durch die Subhastation des von dem Drittbesitzer verbesserten Unterpfandes gleichsam ein den Hypothekargläubigern nicht verhafteter Theil des Vermögens des Drittbesitzers mit zur Versteigerung gebracht werde, und der erzielte Steigpreis deshalb nur nach Abzug des dem Drittbesitzer davon gebührenden Betrages den betheiligten Hypothekargläubigern resp. dem Subhastaten zukomme;

J. E., daß das auf die Subhastation gewöhnlich folgende Collocationsverfahren in der Regel dem Drittbesitzer die Gelegenheit bieten wird, sein Distractionsrecht auszuüben;

Daß aber nach Lage der Sache ein rechtliches Bedenken nicht besteht, dem Appellanten die Geltendmachung dieses Rechtes auch in dem von dem Appellaten Wirtz eingeleiteten Distributionsverfahren zu gestatten, da der Extrahent und Adjudicatar Wirtz durch den Einspruch des Appellanten in dem Subhastationstermine vom 5. Dezember 1860 bereits von dessen Ansprüchen wegen der Meliorationen in Kenntniß gesetzt war, und er überdies nach seiner eigenen als Drittarrestat abgegebenen Erklärung von dem Steigpreise noch einen diese Ansprüche übersteigenden Betrag verschuldet;

J. E., daß dem Appellanten auch die von ihm gegen die Appellaten Eheleute Altmann unter'm 19. October 1860 und 14. Februar 1861 erwirkten Urtheile, durch welche auf den Antrag des Appellanten die Auflösung des über das mitsubhastirte Hintergebäude unter'm 25. November 1857 abgeschlossenen Kaufvertrages ausgesprochen wurde, mit Erfolg nicht entgegengestellt werden können, da Appellant, nachdem gegen ihn als Drittbesitzer unter'm 4. Juli 1860 die Beschlagnahme-Verfügung erlassen und ihm auch am folgenden 18. August das Subhastations-Patent zugestellt worden war, durch die von ihm am 8. October 1860 angehobene Auflö-

Digitized by Google

sungsklage den Fortgang des gegen ihn eingeleiteten Subhastationsverfahrens nicht mehr aufhalten konnte, und deshalb der Extrahent dieses Verfahrens so wie die dabei betheiligten Gläubiger, ebenso wie sie berechtigt waren, ungeachtet jener Auflösungsklage das Subhastationsverfahren zu Ende zu führen, auch gehalten sind, die Eigenschaft des Appellanten als Drittbesitzer anzuerkennen, wenn Letzterer die ihm nach Art. 2175 des B.-G.-B. zustehenden Rechte verfolgt;

J. E., daß jedoch das nach der bisherigen Ausführung dem Appellanten zustehende Distractionsrecht nach Art. 2175 des B.-G.-B. auf den sub III. des Productionsactes als Werth der Meliorationen angegebenen Betrag von 300 Thalern zu beschränken ist, für diesen Betrag aber jetzt schon zuerkannt werden kann;

Aus diesen Gründen

erkennt der Appell.-Ger.-Hof unter Reformation des Urtheils des Königl. Landgerichts zu Koblenz, daß dem Appellanten für den Betrag von 300 Thlr. nebst Zinsen vom Tage der Adjudication (5. Dezember 1860) in dem Distributionsplane auf den zu ertheilenden von dem Adjudicatar Wirtz verschuldeten Steigpreis an erster Stelle Anweisung zu ertheilen sei.

I. Senat. Sitzung vom 12. Juni 1866.

Advokaten: Herbertz, Bessel — Nacken, Compes.

Fischereigerechtigkeit. — Verjährung — Schadensersatz.

Ist Jemanden durch rechtskräftiges Urtheil auf Grund der erwerbenden Verjährung eine Fischereigerechtigkeit in einem bestimmten Theil eines öffentlichen Stroms zuerkannt worden, so ist der Fiscus zum Ersatz derjenigen Nachtheile verpflichtet, welche durch Stromregulirungen und Bauten in und außerhalb des Fischereidistrikts für die Fischerei entstehen.

Fiscus — Kurth.

J. E., daß das in Frage stehende Fischereigerechtsam den Appellaten gegen den Fiscus vermöge des rechtskräftigen Urtheils vom 20. November 1838 zusteht und daß daher der Erfolg der Schadensklage, welche darauf gegründet ist,

Digitized by Google

daß Fiscus dieses Gerechtsam durch Stromarbeiten beschädigt habe, überall nicht durch den an sich richtigen allgemeinen Rechtssatz bedingt ist, daß Fiscus vermöge der Rechte der Landeshoheit und des Eigenthums dergleichen Arbeiten vornehmen darf, ohne dadurch die Pflicht zur Schadloshaltung der durch den veränderten Wasserlauf Beschädigten zu überkommen, vielmehr die Beurtheilung der Klage ihren Ausgangspunkt von dem den Appellaten gegen den Fiscus rechtskräftig zuerkannten Gerechtsam zu nehmen und daran die Frage zu knüpfen hat, ob Fiscus für den Schaden aus Handlungen aufzukommen habe, durch welche er selbst die Gewährung seiner auf besonderem Titel beruhenden Verpflichtung, ganz oder theilweise vereitelt; daß diese letztere Frage aber ganz unbedenklich bejaht werden muß, weil die Rechte des Eigenthums durch entgegenstehende besondere Verpflichtungen des Eigenthümers beschränkt werden und das in Frage stehende Gerechtsam die rechtliche Natur eines den Appellaten urtheilsmäßig concedirten, von dem Fiscus zu prästirenden Vermögensrechtes hat;

Daß auch die fernere Behauptung der Appellantin, es sei in dem Urtheil vom 22. November 1838 die behauptete Beschränkung schon deshalb implicite enthalten, weil die Gerechtsame auf den Grund der Verjährung zuerkannt worden nicht aufrecht erhalten werden kann, da, abgesehen davon, daß die Urtheilsdispositive, dasjenige was sie als Recht statuiren wollen, mit klaren Worten auszusprechen haben, wenn einmal ein Recht oder ein Eigenthum durch Verjährung erworben ist, zwischen dem so erworbenen Rechte oder Eigenthum und einem auf andern Titeln beruhenden Rechte oder Eigenthum ein rechtlicher Unterschied in irgend einer Beziehung, sei es in Betreff der Dispositionsbefugnisse, des Genusses oder der Rechtsmittel nicht mehr besteht, daß vielmehr die 30jährige Verjährung die Fiction hinter sich hat, als stehe demjenigen der sich so lange Zeit in dem ruhigen Genusse und Besitze einer Sache gehalten hat, ein guter Grund zur Seite, durch welchen er vor 30 Jahren den Besitz der Sache erlangt habe;

Daß, wenn von Seiten der Appellantin mit Bezug auf den Rechtssatz: tantum proscriptum quantum possessum, noch besonders hervorgehoben und zum Beweise erboten wird, daß schon während der 30 jährigen Verjährungsfrist Stromarbeiten an fraglicher Stelle durch die Königl. Regierung vorgenommen

worden seien, um darzuthun, daß Appellat die Gerechtsame nur unter der Bedingnng solche Arbeiten zu dulden, erworben haben könne, mithin nicht in der Lage sein könne, eine Entschädigung in Anspruch zu nehmen, diese Artikulation keine Berücksichtigung finden kann, indem eines Theils, dieser Umstand, wenn man ihn für bedeutend erachtete in der frühern Prozedur hätte geltend gemacht werden müssen und andern Theils auch als unerheblich erscheint, indem die Ausübung solcher in der Staatsgewalt liegender Hoheitsrechte, welchen sich Niemand widersetzen kann, das rechtliche Privatverhältniß der Parteien in Bezug auf ein spezielles Objekt, untergebens die Gerechtsame nicht affizirt.

J. E., daß Appellantin zwar auch ferner behauptet, auch aus dem Grunde nicht zum Schadenserſatz verbunden zu sein, weil der Schaden ein indirecter sei, daß aber, wenn eine Fischereigerechtigkeit auf einem bestimmt begrenzten Stromgebiete aus dem Grunde zu existiren aufhört, weil die desfallsige Stromstrecke, durch Arbeiten, die gerade den Zweck haben, dem Strom eine andere Richtung zu geben und jenes Stromgebiet trocken zu legen und dasselbe mit Anpflanzungen zu versehen, nicht im Sinne des Art. 1151 des B.-G.-B. gesagt werden kann, daß eine solche Folge und ein solcher Schaden ein indirecter sei;

Daß übrigens aber auch bei dem Aufgeben eines Rechtes znm öffentlichen Nutzen nicht blos der directe, sondern auch der indirecte Schaden zu ersetzen ist;

Daß ferner auch der früher gezogene Satz: qui utitur sur jure, neminem laedit von keiner Bedeutung ist, indem die Anwendung, die Appellantin von diesem Satze macht, schon die Unterstellung in sich schließt, daß der Kgl. Regierung eine Entschädigungspflicht nicht obliege.

J. E., was die weitere Beschwerde darüber angeht, daß das Recht a quo sich nicht beschränkt hat, einen Beweis anzuordnen, welcher sich lediglich auf die Bauten im Umfange des Gebiets der Fischerei bezieht, sondern weiter gehend die Beweisauflage auf Bauten auch außerhalb dieses Gebietes, welche auf die Gerechtsame von Einfluß sein sollen, ausgedehnt hat, daß kein Grund ersichtlich ist, daß wenn überhaupt die Kgl. Regierung dem Appellaten gegenüber wegen ihrer Schmälerung der Gerechtsame desselben wegen der Bauten und Anlagen zum Schadenserſatz verpflichtet ist, weshalb dann

Digitized by Google

ein Unterschied zwischen diesen Anlagen und Bauten, je nachdem sie in dem Fischereigebiet oder außerhalb desselben gelegen sind, gemacht werden sollte;

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof die Berufung von dem Urtheile des Kgl. Landgerichts zu Köln vom 12. April 1865 unter Verurtheilung der Appellantin in die Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 12. Juni 1866.

Advokaten: Nacken — Kyll.

Wechsel. — Verjährung. — Collision der Gesetze.

Die Verjährung der Verbindlichkeit eines jeden einzelnen Wechselverpflichteten ist nicht nach den Gesetzen des Ortes der Klage, oder der Zahlung oder des dermaligen Wohnortes des Beklagten, sondern nach dem für jeden bei seiner Wechselerklärung geltenden Recht also nach den Gesetzen des Ortes der Zeichnung zu beurtheilen.

Proemper – Hubert Baur Sohn.

H. Baur Sohn in Aachen war der Inhaber folgender Wechsel geworden:

a) fünf Tratten von je Thlr. 50, gezogen von Karl Proemper zu Lüttich auf ein Handlungshaus in Köln und dort zahlbar am 9. April resp. 28. Mai 1858;

b) einer Tratte von Thlr. 50, gezogen von einem gewissen Schroif zu Aachen an die Ordre von Proemper auf ein Handlungshaus zu Köln und dort zahlbar am 9. April 1858; diese Tratte war von ꝛc. Proemper indossirt auf Baur;

c) eines Solawechsels von Frcs. 500, ausgestellt von ꝛc. Proemper zu Lüttich und zahlbar am 1. Juni 1858.

In einem unter dem 11. April 1858 von ꝛc. Proemper an H. Baur Sohn gerichteten Schreiben kündigte der erstere an, daß die sämmtlichen Wechsel (welche, wie aus Obigem ersichtlich, damals erst theilweise verfallen waren) von ihm nicht gedeckt werden könnten und daß er um einen längeren Ausstand ersuchen müsse. H. Baur Sohn, welcher in einem darauf erlassenen Antwortschreiben zwar das Ansuchen des

Digitized by Google

Proemper nicht gänzlich abwies, jedoch auf einen längeren Ausstand nicht eingehen zu können erklärt, unterließ es, die erwähnten Wechsel im Sinne der Wechselgesetze zeitig gegen Proemper einzuklagen, und erst am 28. Juni 1865 erhob er gegen letzteren, der inzwischen von Lüttich nach Köln verzogen war, eine Klage auf Zahlung von Thl. 634 Sg. 23 Pf. 4 zum Königl. Handelsgerichte in Köln. Diese Klage wurde auf eine mitgetheilte Rechnung, worin die 5 Wechsel aufgeführt waren, gestützt.

Der Beklagte wandte die Wechsel-Verjährung ein, wogegen der Kläger sich auf das in dem gedachten Schreiben des Beklagten vom 11. April 1858 enthaltene Anerkenntniß und eine durch die Correspondenz eingetretene Novation berief.

Durch Urtheil vom 21. September 1865 verurtheilte das Handelsgericht den Beklagten zur Zahlung, indem es, ohne auf den Einwand der Verjährung näher einzugehen, davon ausging, daß Beklagter in seinem erwähnten Schreiben sich zu dieser Zahlung verpflichtet habe.

Gegen diese Entscheidung hat ꝛc. Proemper die Berufung erhoben, zu deren Begründung er im Wesentlichen darzuthun suchte, daß weder eine Novation eingetreten, noch irgendwie die Verjährung rechtlich unterbrochen worden, dieselbe vielmehr mit voller Wirkung eingetreten sei.

Von Seiten des Appellaten wurde zunächst auf den Eintritt einer Novation hingedeutet, dann aber bezüglich der Verjährung hervorgehoben, daß dieselbe, wenigstens so weit es die vom Appellanten in Lüttich gezeichneten Wechsel angehe, nicht nach der deutschen Wechsel-Gesetzgebung und der von dieser zur Unterbrechung der Verjährung verlangten Klage-Erhebung, sondern nach den französischen Wechsel-Gesetzen zu beurtheilen sei. Mit Rücksicht auf diese Ausführung deferirte Appellat event. dem Appellanten verschiedene Eide, welche auf erfolgte wiederholte Anerkenntnisse resp. nicht erfolgte Zahlung hinzielten, und von denen Appellat behauptete, daß sie nach den Bestimmungen der französischen Wechsel-Gesetzgebung zulässig und erheblich seien.

Der ꝛc. Hof erließ demnächst folgende Entscheidung:

In E., daß das Schreiben des Appellanten vom 11. April 1858 von dem ersten Richter mit Unrecht als Verpflichtungsgrund aufgefaßt worden ist;

Digitized by Google

Daß der Inhalt dieses Schreibens in einem Vorschlage besteht, welchen der Appellant zu einer Zeit, als einige der hier in Rede stehenden Wechsel verfallen, andere noch nicht verfallen waren, dem Appellaten als Inhaber mehrerer von ihm ausgestellten oder girirten Wechsel zu einem Uebereinkommen macht, wonach ihm zur Ausführung seiner Absicht, die Inhaber der Wechsel zu befriedigen, von dem Appellaten ein Ausstand von 2 Jahren bewilligt werden solle, und er sich verpflichte, den Betrag welcher ihm als Dividende aus der Masse seines Onkels für eine ihm cedirte Forderung gegen letzteren zukommen werde, sofort und den Rest in 4 Raten von 6 zu 6 Monaten zu bezahlen;

Daß dieser Vorschlag von dem Appellaten in seinem Antwortschreiben vom 24. April 1858 abgelehnt worden ist;

Daß diesem Sachverhalt gegenüber ein späteres unthätiges Verhalten des Appellaten bis zur jetzigen Klage unmöglich für eine Acceptation ausgegeben werden kann;

Daß mithin durch die erwähnten beiden Briefe überhaupt kein Rechtsgeschäft zwischen den Parteien zu Stande gekommen ist, so daß es bei der Wechselschuld blieb, und die Annahme jeden rechtlichen Anhalts entbehrt, als ob der Brief des Appellanten vom 11. April 1858 ein neues Schuld- und Zahlungsversprechen darstelle, welches für sich selbst eine Verpflichtung des Appellanten begründet, oder als ob, wie der Appellat behauptet, die Wechselschuld novirt, und an deren Stelle zwischen den Parteien die Uebernahme einer ganz neuen Schuld vereinbart worden sei;

J. E., daß folgeweise die Klage, welche der Appellat dahin gefaßt hat, daß sie auf einen mitgetheilten Rechnungsauszug und auf das in dem Schreiben vom 15. April 1858 enthaltene Anerkenntniß der Schuld gestützt werde, sofern sie überhaupt als begründet erscheinen soll, nur als eine aus den in dem Rechnungsauszug aufgeführten Wechseln und Ordrepapieren angestellte Klage angenommen werden darf, so daß diese Eigenschaft derselben und der daran sich knüpfende Einwand der Wechselverjährung sich weder durch jene Fassung der Klage noch in der von dem ersten Richter angenommenen Weise beseitigen läßt, vielmehr in die Untersuchung, ob die Wechsel-Verjährung eingetreten sei, eingegangen werden muß;

Digitized by Google

J. E., daß es in dieser Beziehung bei dem Umstande, daß 5 der eingeklagten Wechsel von dem Appellanten in Lüttich auf Wolffs u. Comp. in Köln gezogen, 1 Wechsel von Schroif in Aachen auf von Recklinghausen in Köln gezogen, aber von dem Appellanten in Lüttich indossirt, und das Ordrebillet von dem Appellanten in Lüttich ausgestellt ist, vor allem auf die zwischen den Parteien bestrittene Frage ankommt, welche Gesetzgebung Anwendung finde, ob das Recht des Klageorts oder des jetzigen Wohnorts des Schuldners, oder ob das Recht des Orts, wo die Wechsel zahlbar waren, oder aber das Recht des Orts, an welchem der Appellant die Papiere ausgestellt, gezogen, oder indossirt hat;

Daß über diese die Collision der Gesetze betreffende Frage die in der deutschen Wechsel-Ordnung insbesondere in Art. 84—87 sich findenden speciellen Vorschriften eine Bestimmung nicht enthalten, und daher auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze in Betreff der Verjährung von Schuldverhältnissen zurückgegangen werden muß;

J. E., daß der Ansicht, nach welcher für die Verjährung bei Obligationen das Recht des Klageorts oder des jeweiligen Wohnorts des Schuldners maßgebend sein soll, entgegensteht: daß die Klage-Verjährung kein Prozeßinstitut ist, daß sowohl die innern Rechtsgründe auf welchen das Institut der Klage-Verjährung überhaupt beruht als auch die verschiedenen Arten und Modalitäten dieser Verjährung mit dem Wesen der Obligation materiell in innerm Zusammenhang stehen, und daß es rechtlich nicht in die Willkür des einen oder andern Contrahenten gestellt sein kann, die Dauer, welche der Verbindlichkeit gleichwie eine Eigenschaft anhängt, durch Aenderung des Wohnsitzes oder durch Wahl des Klageorts zu verringern oder zu vergrößern;

Daß der in der Theorie und Praxis des gemeinen deutschen und des rheinischen Rechts weit überwiegend geltend gewordenen Ansicht beizustimmen ist, daß diejenige Gesetzgebung bei Obligationen und Verträgen für die Verjährung maßgebend sei, welche als das örtliche Recht der Obligation selbst zu betrachten und von welcher anzunehmen ist, daß die Contrahenten ihr Verpflichtungsverhältniß einschließlich der materiellen Voraussetzungen seiner Wirksamkeit, so wie seiner Dauer derselben stillschweigend unterworfen haben;

Digitized by Google

J. E., daß wenn es sich hiernach weiter darum handelt, ob als das örtliche Recht der Obligation das an dem Ort des Vertragsabschlusses oder das an dem für die Erfüllung vereinbarten Ort geltende Recht anzusehen sei, dieser Unterschied hier keine entscheidende Bedeutung hat;

Daß nämlich nicht behauptet werden kann, der Ort, wo ein Wechsel, nach seinem Inhalt von dem Bezogenen gezahlt werden soll, gelte als der vereinbarte Erfüllungsort sämmtlicher Wechselverpflichteten, dessen Gesetzen ein jeder von ihnen sich für seine aus dem Eintritt in den Wechselverband entspringende Obligation in jeder materiellen Beziehung stillschweigend unterworfen habe;

Daß, wenn auch die Wechselschuld objektiv als eine einheitliche Schuld aufgefaßt werden mag, deren Quelle der eine und ungetheilte Wechsel ist und welche ganz und ungetheilt zu Gunsten des jedesmaligen legitimirten Inhabers des Wechsels, als des Gläubigers, auf allen Wechselverbundenen lastet, doch subjektiv diese verschiedenen Personen in ihrer aufeinander folgenden und von einander unabhängigen Zeichnungen jeder für sich eine vertragliche Willenserklärung abgeben, und vermöge dieser Erklärung die Haft eines Jeden kraft des Wechselrechts unter verschiedenen Voraussetzungen, je nach der Eigenschaft in welcher der Einzelne zeichnet, eintreten soll;

Daß sich die Annahme nicht rechtfertigen würde, der Zeichnende habe bei seiner Wechselerklärung in Bezug auf die materiellen Voraussetzungen, unter denen seine Haft für die Wechselschuld bestehen soll insbesondere in Bezug auf die Dauer derselben nach einem ihm fremden Recht contrahirt, und sich stillschweigend den Gesetzen unterworfen, welche da gelten, wo die Zahlung des Wechsels bei Verfall nach Inhalt des Wechsels geleistet werden soll, während gerade erst im Falle des Mangels dieser Zahlung der Regreß gegen ihn, und die von ihm zu leistende Erfüllung seiner Verbindlichkeit zur Gewährleistung eintritt;

Daß sonach die von der großen Mehrzahl der Schriftsteller und der Gerichte angenommene Ansicht als die richtige erscheint, wonach die Verbindlichkeit eines jeden einzelnen Wechselverpflichteten hinsichtlich der Verjährung nach dem für ihn bei seiner Wechselerklärung geltenden Recht, also nach den Gesetzen seines damaligen Domicils oder des Orts der

Digitized by Google

Zeichnung zu beurtheilen ist, eine Ansicht für welche sich auch in der naheliegenden Analogie des Art. 85 der Allgem. deutschen Wechsel-Ordnung und in den legislatorischen Verhandlungen zu Art. 19 der Allgem. deutschen Wechsel-Ordnung, wonach dieser Artikel sich auf den im Ausland ausgestellten Sichtwechsel auf's Inland nicht erstreckt, unterstützende Argumente finden;

J. E., daß bei einer etwaigen Verschiedenheit des Domicils des Zeichners und des Orts an welchem die Zeichnung geschehen ist, gemäß Wechselrecht der nach dem Wortlaut des Wechsels bei der Zeichnung angegebene Ort für den Wohnort des Zeichners gilt, übrigens auch im vorliegenden Falle nicht behauptet ist, daß der Appellant, dessen Zeichnungen auf allen eingeklagten Papieren so wie auch sein mehr erwähntes Schreiben in Lüttich datirt sind, zur damaligen Zeit anderwärts als in Lüttich gewohnt habe;

Daß diesemnach hier in Betreff der Verjährung die Art. 77—80 der deutschen Wechsel-Ordnung keine Anwendung finden, und die Ausführungen der einen oder der andern Partei sowie die Eidesdelation, soweit dieselben die gedachten Artikel der deutschen Wechsel-Ordnung zur Grundlage nehmen, nicht Platz greifen, sondern das Belgische Recht in den von dem Appellaten bezogenen Bestimmungen des Code de commerce maßgebend erscheint;

J. E., daß in Betreff der 5 Wechsel, bei welchen Appellant der Zieher ist, die aus dem Art. 189 des H.-G.-B. herzuleitende Verjährung gemäß diesem Artikel durch ein nach der Behauptung des Appellaten von dem Appellanten inzwischen abgegebenes Anerkenntniß und Zahlungsversprechen mit der Wirkung des Beginns einer neuen fünfjährigen Verjährungsfrist unterbrochen sein würde;

Daß daher der zweite Absatz des dem Appellanten deferirten Eides in der Ausdehnung und Beschränkung auf den Zeitraum innerhalb der letzten 5 Jahre vor Anstellung der Klage relevant ist;

Daß aber auch bei verneinender Ausschwörung dieses Eides noch der erste Satz der Eidesdelation erheblich sein würde, da die Verjährung aus Art. 168 des H.-G.-B. auf den Appellanten als Zieher dieser Wechsel gemäß Art. 176 des H.-G.-B. keine Anwendung findet, indem von ihm nicht behauptet oder zu beweisen erboten ist, daß bei dem Bezogenen Deckung vorhanden war, die Verjährungseinrede aus

Digitized by Google

Art. 189 aber beseitigt wird, wenn der angebliche Schuldner auf Erfordern nicht beschwört, daß er dem Kläger den Wechsel nicht mehr verschulde;

J. E., in Ansehung desjenigen Wechsels, welcher von Schroif zahlbar am 9. April 1858 an die Ordre des Appellanten gezogen und von diesem indossirt ist;

Daß bei diesem Wechsel durch die Verjährung aus Art. 169 des Code de commerce die Regreßpflicht des Appellanten als des Indossanten aufgehoben wurde, ohne eine Verpflichtung, zum Eid über die Tilgung der Schuld, wie bei der Verjährung nach Art. 189, zurückzulassen;

Daß daher lediglich auf ein späteres Anerkenntniß und Zahlungsversprechen und den darin liegenden Verzicht auf die aus dem Art. 169 eingetretene Verjährung eine Wechselverpflichtung des Appellanten zu stützen wäre, welche letztere sodann weiter den Bestimmungen des Art. 189 unterliegen würde;

Daß der Brief des Appellanten vom 11. April 1858 welcher lange Zeit vor Ablauf der Regreßfristen dieses Wechsels geschrieben ist, zu der Verjährung desselben keine Beziehung hat;

Daß in dem zweiten Absatz der Eidesdelation kein bestimmter Zeitpunkt des angeblichen späteren wiederholten Anerkenntnisses angegeben ist, wonach das Verhältniß desselben zu den Verjährungs-Einreden sicher übersehen werden könnte;

Daß insbesondere dann der Eid nach dem Obigen nicht relevant sein würde, wenn das Anerkenntniß zu einer Zeit geschehen wäre, in welcher der Wechsel noch nicht auf den Appellaten zurückgekommen, und die Regreßpflicht für ihn noch nicht abgelaufen war, dieser Zeitpunkt aber nicht constirt, und von Amts wegen nicht supplirt werden kann;

Daß bei dieser Unbestimmtheit welche zu beseitigen Sache des Deferenten gewesen wäre, der Eid nur in einer Weise zu normiren ist, bei welcher an seiner Relevanz kein Zweifel ist, und die Folgen der Ausschwörung oder Nichtausschwörung sich übersehen lassen;

Daß dies füglich nur durch Beschränkung des Eides auf ein Anerkenntniß geschehen kann, welches in die letzte Verjährungsperiode von 5 Jahren fällt;

Daß alsdann aber der erste Absatz des deferirten Eides wegfällt, indem bei verneinender Ausschwörung des Eides

Digitized by Google

über das Anerkenntniß und Zahlungsverſprechen hier überhaupt keine Wechſelverpflichtung mehr anzuerkennen, bei Verweigerung dieſes Eides dagegen die Verjährung nach Art. 189 nicht eingetreten alſo der Fall eines ungeachtet dieſer Verjährung noch zu ſchwörenden Eides nicht vorhanden ſein würde;

J. E., endlich ſo viel das von dem Appellanten in Lüttich am 1. März 1858 an die Ordre von Schroif ausgeſtellte, von dieſem auf den Appellaten indoſſirte, im Contert als Solawechſel (seule de change) bezeichnete Billet von 500 Franken betrifft, daß weder von der einen noch von der andern Seite in thatſächlichen Beziehungen beſtritten worden iſt, daß derſelbe unter die in Art. 189 des H.-G.-B. bezeichnete Kategorie von Handelspapieren gehöre, und deshalb, ſei es das Klagerecht des Appellaten aus demſelben, ſei es die Anwendung des Art. 189, ausgeſchloſſen ſei;

Daß daher der Eidesdelation ähnlich wie bei den zuerſt erwähnten 5 Wechſeln Folge zu geben iſt;

Aus dieſen Gründen

gibt der Appell.-Ger.-Hof dem Appellanten auf: folgende Eide zu ſchwören:

I. Daß er nicht innerhalb der letzten 5 Jahre vor Anſtellung der Klage (28. Juni 1865) gegenüber dem Appellaten, die Verbindlichkeit

1) einen am 9. Januar 1858 von dem Appellanten drei Monat dato auf Wolffs u. Comp. in Köln an eigene Ordre gezogenen und an Schroif indoſſirten Wechſel von 49 Thlr. 29 Sgr. 11. Pf.

2) einen andern ebenfalls am 9. Januar 1858 von dem Appellanten 3 Monat dato auf Wolffs u. Comp. in Köln eigene Ordre gezogenen und auf Schroif indoſſirten Wechſel von 49 Thlr. 29 Sgr. 11 Pf.

3) einen dritten ebenfalls am 9. Januar 1858 von dem Appellanten 3 Monat dato auf Wolffs u. Comp., in Köln eigene Ordre gezogenen und auf Schroif indoſſirten Wechſel von 49 Thlr. 29 Sgr. 11 Pfg.

4) einen am 28. Februar 1858 von dem Appellanten 3 Monat dato auf Wolffs u. Comp. in Köln Ordre Schroif gezogenen Wechſel von 49 Thlr. 29 Sgr. 11 Pfg.

Digitized by Google

5) einen andern ebenfalls am 28. Februar 1858 von dem Appellanten 3 Monat dato auf Wolffs u. Comp. in Köln Ordre Schroif gezogenen Wechsel von 49 Thlr. 29 Sgr. 11 Pfg. und endlich

6) ein am 1. März 1858 von dem Appellanten an die Ordre von Schroif 3 Monat dato ausgestelltes Billet von 500 Franken

dem Appellaten zu bezahlen anerkannt und die Zahlung versprochen habe;

II. Im Falle der verneinenden Ausschwörung dieses Eides:

Daß er dem Appellaten nicht die Beträge der oben unter I. aufgeführten fünf Wechsel und des dort unter 6 aufgeführten Ordrebillets noch verschulde, endlich:

III. Daß er nicht innerhalb der letzten 5 Jahre vor Anstellung der Klage (28. Juni 1865) gegenüber dem Appellaten die Verbindlichkeit, demselben einen am 9. Januar 1858 von Schroif in Aachen 3 Monat dato auf von Recklinghausen in Köln an die Ordre des Appellanten gezogenen und von Letzterm auf den Appellaten indossirten Wechsel zu bezahlen anerkannt und die Zahlung versprochen habe, beauftragt mit Abnahme dieser Eide das Königl. Friedensgericht Nro. II. zu Köln und behält die weitere Entscheidung vor.

III. Senat. Sitzung vom 1. Juni 1866.

Advokaten: Herbertz — Vagedes.

Gütertrennung. — Zweite Ehe. — Revenüenüberschüsse.

Ist bei Abschluß einer zweiten Ehe Gütertrennung verabredet und dem zweiten Ehemanne im Ehe-Vertrag alles, was das Gesetz nach Art. 1098 B.-G.-B. gestattet, zugewendet, so ist derselbe, wenn die Ehefrau ihm die Verwaltung und den Genuß ihres Vermögens überlassen hat, nicht berechtigt, außer jener Zuwendung auch die nach Bestreitung des Haushalts überschüssigen Revenüen zu behalten, vielmehr verpflichtet, dieselben bezüglich diejenigen Objekte, in welchen dieselben angelegt wurden, herauszugeben.

Digitized by Google

J. E., daß Appellant die oben gedachten Revenüen-Ueberschüsse zwar aus einem doppelten Grunde für sich in Anspruch nimmt, erstlich weil seine Ehefrau nach dem Ehevertrage verpflichtet gewesen sei, ihre gesammten Revenüen zur Bestreitung der Lasten der Ehe beizutragen und zweitens deshalb, weil sie ihm die Verwaltung und den Genuß dieser Revenüen überlassen habe und er daher gemäß Art. 1539 B.-G.-B. nur zur Herausgabe der noch wirklich vorhandenen, nicht aber zur Rechnungslage über die consumirten, zu denen auch die etwa anderweitig wieder angelegten gezählt werden müßten, gehalten sei;

Daß ihm indessen bereits durch Art. 4 des Ehevertrags von seiner Ehefrau so viel von ihrem Vermögen vermacht ist, als das Gesetz zuläßt, ihm demgemäß durch das Urtheil des Landgerichts zu Bonn vom 27. Mai 1863 die höchste durch Art. 1098 B.-G.-B. gestattete Portion von ¼ ihres Nachlasses zuerkannt worden ist und seine Ansprüche auf die nach Bestreitung des Haushalts überschüssigen Revenüen der Frau daher gegen das Verbot der eben bezogenen Gesetzesstelle angehen und in Ermangelung einer gesetzlichen Ausnahme davon, nicht dazu dienen können, ihm einen das gedachte Maß überschreitenden indirecten Vortheil aus deren Vermögen zuzuwenden;

Daß zunächst die Bestimmung des Art. 1527 ibid., wornach diejenigen Vortheile, welche von dem gemeinschaftlichen Fleiß oder den Ersparnissen aus den, wiewohl ungleichen beiderseitigen Revenüen der Ehegatten herrühren, nicht als eine zum Nachtheil der Kinder erster Ehe geschehene Begünstigung angesehen werden sollen, nach der Stellung dieses Artikels in dem von den verschiedenen Arten der Gütergemeinschaft handelnden Abschnitt und nach dessen ganzer Fassung auf den besonderen Fall, daß zwischen den Eheleuten irgend eine Art von Gütergemeinschaft stipulirt worden und auf die in Folge dessen einem von ihnen mit Rücksicht auf die Ungleichheit der beiderseitigen Revenüen erwachsenen Vortheile aus einer Industrie, zu welcher sie möglicher Weise ganz ungleiche Kräfte mitbringen, zu beschränken ist, und nicht mit Verletzung des erwähnten Verbots auf den Fall der Gütertrennung ausgedehnt werden kann;

Digitized by Google

Daß ebenso der oben cit. Bestimmung des Art. 1539 B.-G.-B. offenbar die Absicht durchaus fremd war, an dem Maße der nach Art. 1098 zu Gunsten des zweiten Ehegatten zulässigen Zuwendungen etwas zu ändern und dasselbe in der Weise zu erhöhen, daß der Ehemann, wenn er aus den Revenüen der Ehefrau Ueberschüsse erzielt und diese in anderen Vermögens-Objekten wieder angelegt hat, diese Objekte über die im Art. 1098 bestimmte Quote hinaus sich aneignen dürfe;

1. Senat. Sitzung vom 30. Juli 1866.

Advokaten: Herbertz — Lautz — v. Hontheim.

Kanonisches Recht. — Incorporation. — Klostervermögen. — Kirchliche Baulast.

Eine **Incorporation** nach kanonischem Rechte ist nur dann vorhanden, wenn eine Pfarrkirche mit ihrem Vermögen einem Kloster oder einer anderen kirchlichen Anstalt überwiesen wird. Zu den für das incorporirende Kloster daraus hervorgehenden Verpflichtungen gehört die **Baulast** der Kirche nur dann, wenn sie bereits **vor** der Incorporation auf dem Vermögen der Kirche gehaftet hat;

Der Fall einer Incorporation und der damit verknüpften und auf den Besitzer des Pfarrvermögens übergehenden Baulast liegt dagegen **nicht** vor, wenn es sich lediglich um eine Klosterkirche handelt, welcher das jus baptismale et parochiale verliehen worden, und welche demnächst, nach Aufhebung des Klosters, Pfarrkirche der Gemeinde geworden.

Katholische Pfarrgemeinde zu Dünnwald — Königl. Regierung zu Köln.

Die auf der rechten Rheinseite des Regierungsbezirks Köln bestehende Pfarrgemeinde Dünnwald hat gegen die Königl. Regierung zu Köln eine Klage auf Ausführung der nothwendigen Reparaturen an der neben der dortigen Pfarrkirche und dem dortigen Klostergebäude gelegenen Sakristei

Digitized by Google

erhoben, und diese Klage im Wesentlichen auf die Behauptung gestützt, daß der Fiscus als Besitzer des Vermögens des früheren Klosters zu Dünnwald und nach den Grundsätzen von der Incorporation zur Uebernahme der kirchlichen Baulast verpflichtet sei, und daß diese Verpflichtung auch sowohl von dem Pfalzbaierischen als demnächst auch von dem Königl. Preußischen Fiscus wiederholt anerkannt worden sei.

Die Königl. Regierung bestritt jede derartige Verpflichtung, indem sie insbesondere ausführte, daß der Fall einer Incorporation im Sinne des kanonischen Rechtes gar nicht vorliege; und auch ein verpflichtendes Anerkenntniß niemals ausgestellt worden.

Die ausführlichen Erörterungen der Parteien schlossen sich an den historischen Sachverhalt an, welcher im Wesentlichen folgender war. Im Jahre 1118 hatte ein gewisser Heidenreich auf einem ihm gehörigen Grundstücke das Kloster Dünnwald gestiftet; der Klosterkirche wurde durch Erzbischof Friedrich von Köln (Lacomblet I. 188) das jus baptismale et parochiale verliehen, und wurden ihm im Laufe der Zeit verschiedene bei Lacomblet verzeichnete Schenkungen zugewendet. Das Kloster dependirte von der Abtei Steinfeld. Im Jahre 1643 wurde das Kloster aufgehoben. Das Klostervermögen fiel an die Abtei Steinfeld. In der betreffenden Urkunde bestimmte der Prälat von Steinfeld, daß eine Hälfte der Einkünfte dieses Vermögens dem Seminarium Norbertinum zufließen, und die andere Hälfte zum Unterhalt der Klosterschwestern und zweier Geistlichen verwendet werden sollte, von denen Einer die Verwaltung des Klostervermögens und der Andere die Verwaltung der Pfarrei zu besorgen habe, damit dem Gottesdienst kein Abbruch geschehe. Nachdem im Jahre 1802 die französische Regierung die Abtei Steinfeld aufgehoben, wurde das Vermögen des Klosters Dünnwald als bonum vacans mit dem Aerar des Pfalzbaierischen Fiscus vereinigt. Der Pfalzbaierische Fiscus sowohl wie die nachfolgende Großherzoglich Bergische und demnächst die Königl. Preußische Regierung haben sodann fortwährend der Pfarrgemeinde Dünnwald verschiedene jährliche Summen zur Bestreitung der Kosten des Pfarrwesens, insbesondere auch zur Unterhaltung der kirchlichen Gebäude zufließen lassen.

Digitized by Google

Das Königl. Landgericht zu Köln hat die Klage abgewiesen, und das Urtheil desselben ist durch folgendes Erkenntniß des Hofes bestätigt worden.

I. E., daß eine Incorporation nach kanonischem Rechte nur dann vorhanden ist, wenn eine Pfarrkirche mit ihrem Vermögen einem Kloster oder einer anderen kirchlichen Anstalt überwiesen wird, und daß zu den für das incorporirende Kloster daraus hervorgehenden Verpflichtungen die Baulast der Kirche nur dann gehört, wenn sie bereits vor der Incorporation auf dem Vermögen der Kirche gehaftet hat;

Daß selbst nach der Darstellung der Appellanten früher zu Dünnwald keine Pfarrkirche, sondern nur ein im Jahre 1117 gestiftetes Kloster bestand, dessen Kirche von dem Erzbischof Friedrich von Köln die Rechte einer Pfarrkirche verliehen, und welcher in der folgenden Zeit mehrere Schenkungen gemacht wurden;

Daß somit die Voraussetzungen einer Incorporation und einer dadurch für das Kloster zu Dünnwald begründeten Baulast der Kirche nicht vorliegen;

Daß auch bei der im Jahre 1643 erfolgten Aufhebung des Klosters das Klostervermögen, welches auf die Abtei Steinfeld überging, mit der Verpflichtung die Kirche zu Gunsten der Pfarrgemeinde von Dünnwald zu unterhalten, nicht belastet worden ist, indem aus den in der Urkunde vom 9. April 1643 von dem Prälaten von Steinfeld über die Verwendung der Einkünfte des Klostervermögens getroffenen Bestimmungen sich nur ergibt, daß eine Hälfte der Einkünfte dem Seminarium Norbertinum zufließen, und die andere Hälfte zum Lebensunterhalt der Klosterschwestern und zweier Geistlichen verwandt werden sollte, welche zu Dünnwald wohnen sollten, und von denen Einer die Verwaltung des Klostervermögens, und der Andere die Verwaltung der Pfarrei zu besorgen habe, damit dem Gottesdienste kein Abbruch geschehe;

Daß durch diese für das Fortbestehen des Gottesdienstes in der Kirche zu Dünnwald von dem Prälaten von Steinfeld einseitig getroffene Verfügung die Pfarrgemeinde von Dünnwald keine Rechte, und namentlich nicht das Recht erwerben konnte, aus den Einkünften des Klostervermögens

Digitized by Google

die Unterhaltung der Kirche zu verlangen, nachdem diese mit dem Klostervermögen eingezogen und Pfarrkirche der Gemeinde geworden ist;

Daß auch in der von dem Churfürsten Maximilian Joseph als Landesherrn von Pfalzbaiern unter dem 12. September 1803 erlassenen Verfügung, „daß die der Abtei Steinfeld zugehörig gewesene Kirche zu Dünnwald, welche bisher zugleich als Pfarrkirche dieses Ortes benutzt worden, aus den eingezogenen Dünnwalder Gefällen in Zukunft unterhalten werden solle," eine Anerkennung einer auf dem Klostervermögen lastenden Baulast der Kirche nicht gefunden werden kann, indem diese Verfügung, wie sich aus dem ihr zu Grunde liegenden Bericht der Landesdirektion zu Düsseldorf ergibt, nur aus Billigkeits-Rücksichten erlassen wurde, weil nämlich das Klostervermögen, aus welchem früher der Unterhalt der Kirche bestritten war, dem Staate zugefallen, und die Gemeinde für zu arm erachtet wurde, um ihr den Unterhalt der Kirche aufbürden zu können;

Daß eben so wenig in der durch Allerh. Cabinets-Ordre vom 3. Mai 1819 aus Domanialfonds erfolgten Dodation der Pfarrkirche zu Dünnwald ein Anerkenntniß der fraglichen Baulast enthalten ist, indem die Dodation der Kirche auf die Summe von 581 Thlr. 25 Sgr. 6 Pfg. jährlich fixirt wurde, in welcher nach dem Rescripte des Finanz-Ministeriums vom 8. Juli 1825 ein für die Unterhaltung der Kirche und für die Bedürfnisse des Cultus ausgeworfener Betrag von 127 Thaler einbegriffen ist;

Daß, wenn die Königl. Regierung sich in späterer Zeit auf die jährliche Zahlung der Dodationssumme nicht beschränkte, sondern für die Unterhaltung der Kirche noch anderweitige Geldbeträge bewilligt hat, hieraus eben so wenig wie aus den vorliegenden Schreiben der Königl. Regierung, wenn auch einigen derselben die Unterstellung zu Grunde zu liegen scheint, daß der Fiscus zur Unterhaltung der Kirche gehalten sei, während in andern diese Verpflichtung bestritten wird, eine für die Appellatin bindende Anerkennung der hier in Rede stehenden Baulast herzuleiten ist;

Daß demnach die Berufung als unbegründet verworfen werden muß;

Digitized by Google

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln vom 20. März 1865 eingelegte Berufung und verurtheilt die Appellanten in die gesetzliche Succumbenzstrafe und in die Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 9. Mai 1866.

Advokaten: Wallraf — Nacken.

Berufung. — Evictionspflicht. — Publicianische Klage.

Eine Partei, welche ohne Grund in einem Prozeßverfahren gehalten wird, ist auch dann zur Berufung berechtigt, wenn das Urtheil keine materielle Entscheidung über ihre Interessen enthält.

Der Verkäufer eines Grundstücks ist seinem Käufer nur zur Gewährung der Publicianischen Klage und nicht zum Nachweis des Eigenthums verpflichtet, wenn der Dritte sich nur auf seinen Besitz ohne Titel stützt. *)

*) Die vorstehende Entscheidung wird in den Erwägungsgründen auch darauf gestützt, daß auch unter dem neuern Rechte die Publicianische Klage forteristire. Für diese Forteristenz hat sich der Appellationshof (III. Senat) auch in einem Urtheile vom 12. October 1865 (in Sachen Jansen — Bonnes) ausgesprochen, indem er erwog:

„Daß der auf einen Kaufvertrag sich gründende Eigenthumsbesitz nicht ein bloß thatsächliches, lediglich durch possessorische Rechtsmittel geschütztes, sondern ein rechtliches Verhältniß zu der angekauften und in Besitz genommenen Sache begründet, welches im Falle des Besitzverlustes den Usucapienten berechtiget, mittelst einer der Vindikationsklage analogen petitorischen Klage von jedem Dritten, der nicht Eigenthum oder ein dem Rechte des Usucapienten gleiches Recht nachweiset, die Herausgabe der Sache zu verlangen;

Daß die Forteristenz dieses im alten Rechte unzweifelhaft bestehenden petitorischen Rechtsmittels zum Schutze der in gutem Glauben und auf Grund eines rechtmäßigen Titels begonnenen aber noch nicht vollendeten Ersitzung unter dem neuern Rechte unbedenklich angenommen werden muß, da dieses Rechtsmittel den Grundsätzen des neueren Rechtes in keiner Weise widerstreitet, die Absicht der Beseitigung desselben nirgendwo kundgegeben ist und insbesondere in der Nichterwähnung desselben nicht gefunden werden kann, da letztere vielmehr sich

Digitized by Google

Königl. Regierung — Gebrüder Rüping.

In einer öffentlichen Versteigerung vom 15. Januar 1835 kaufte der Appellat Karl Wilhelm Rüping ein dem

---

daraus erklärt, daß das B.-G.-B. sich durchgehends damit begnügt, die Rechtsverhältnisse selbst zu bezeichnen und zu normiren, ohne die aus der Verletzung derselben entspringenden Klagen anzugeben, vielmehr von der Anschauung ausgeht, daß jedes concrete Recht im Falle der Verletzung durch eine diesem Rechte entsprechende Klage geschützt sei, — diese Auffassung aber zu der Annahme führt, daß der auf gutem Glauben und rechtmäßigem Titel beruhende Ersitzungsbesitz, — welcher nur dem wahren Eigenthümer gegenüber, um als Eigenthum zu gelten, der Fortdauer während zehn Jahre bedarf, — jedem andern Dritten gegenüber, welcher die Sache mit schwächerm Rechte besitzt, gerade so geschützt wird, als wenn die Ersitzung bereits vollendet wäre."

Uebrigens ist die im Texte mitgetheilte Entscheidung auch dann richtig, wenn man die Fortexistenz der Publiciana im rheinischen Rechte nicht annehmen will. Die Appellaten Rüping haben länger als 30 Jahre vor ihrer Klage gegen die Königl. Regierung von dieser die streitige Parzelle gekauft und überliefert erhalten. Die Wittwe von Delitz, die sich zur Zeit im Besitze der Parzelle befindet, und von welcher die Appellaten Rüping die Herausgabe derselben in der Hauptklage verlangen, bestreitet ihnen gegenüber zwar das Eigenthumsrecht ihrer Verkäuferin, der Königl. Regierung, aber sie behauptet nicht, daß sie selbst durch einen dem Verkaufe der Königl. Regierung vorhergehenden Erwerbtitel Eigenthümerin der Parzelle geworden sei. Eine eigentliche Entwährung liegt daher weder in der frühern Besitzaneignung noch in der jetzigen Weigerung der Wittwe von Delitz, die Parzelle abzutreten. Deshalb haben auch die Gebrüder Rüping gegen die Königl. Regierung keinen Gewährleistungsanspruch, welcher der besondern Verjährungsbestimmung des Art. 2257 Nro. 2 des B.-G.-B. unterliegt. Alle sonstigen Forderungen, welche den Gebrüdern Rüping aus dem Kaufvertrage gegen ihre Verkäuferin entspringen, sind, da sie innerhalb 30 Jahren nicht geltend gemacht wurden, verjährt. Wollte man daher auch mit dem Vertreter der Appellaten Rüping annehmen, daß nach dem jetzigen Rechte der Verkäufer nicht bloß das Kaufobjekt zu überliefern, und im Falle der eigentlichen Entwährung Gewähr zu leisten habe, sondern noch darüber hinaus durch den Verkaufvertrag verpflichtet sei, dem Käufer auf Verlangen den Beweis zu liefern, daß er zur Zeit des Verkaufes Eigenthümer gewesen sei, so würde eine solche Verbindlichkeit doch jedenfalls innerhalb 30 Jahren nach dem Kaufvertrag verjähren, da diese Verpflichtung von der eigentlichen Gewährleistungspflicht durchaus verschieden ist und daher für sie der Art. 2257 nicht geltend gemacht werden kann.

Digitized by Google

Bergischen Schulfond gehöriges Gut zu Rhöndorf, das Kreuzbrüdergut, bestehend im Ganzen aus 34 Morgen 129 Ruthen, an; er handelte dabei, wie die Appellaten erklären, für sich und seinen Bruder Heinrich Rüping. Die Ueberlieferung sollte am 1. April desselben Jahres stattfinden. Nachdem die Genehmigung der Versteigerung erfolgt war, wurde am 7. April auch noch ein förmlicher zweiseitiger Vertrag unter den Bedingungen der Licitation geschlossen. Der Verkauf hat in allen Beziehungen seine Ausführung gefunden. Das Kaufobject ist überliefert und der Kaufpreis ist bezahlt worden.

Am 10. August 1845 verkauften die Brüder Rüping das Kreuzbrüdergut an den Kaufmann Theodor Essingh zu Köln, dessen Rechtsnachfolger die Eheleute Franz Merkens daselbst sind.

Diese erhoben am 8. Juli 1865 eine Klage zum Königl. Landgerichte in Bonn, wider die Wittwe von Delitz, zu Königswinter, mittelst deren sie eine in der Parzellar-Mutterrolle der Gemeinde Königswinter unter Art. 830 Flur 17 Nro. 115 eingetragene Parzelle Holzung, groß 171 Ruthen 50 Fuß, neben Theodor Essingh, und dem Bache, nebst Perzepten seit dem 10. August 1845 vindizirten, unter der Behauptung, daß Theodor Essingh diese Parzelle am 10. August 1845 von den Brüdern Karl Wilhelm und Heinrich Rüping gekauft und die Beklagte dieselbe mit Unrecht in Besitz habe.

Die Beklagte bestritt das Eigenthum der Kläger und ihrer angeblichen Rechtsvorgänger, und behauptete, daß sie, resp. ihre Rechtsvorgänger seit länger als 30 Jahren im Besitz der fraglichen Parzelle seien.

In Folge dieser Einlassung adcitirten die Kläger die Brüder Rüping auf Vertretung, und stützten die Beiladung darauf, daß durch Notarial-Act vom 10. August 1845 die Brüder Karl Wilhelm und Heinrich Rüping, dem Theodor Essingh, die fragliche Parzelle verkauft haben und daß dieselben jetzt von der Frau von Delitz, als ihr Eigenthum behauptet und in Besitz und Genuß behalten werde.

Die Adcitaten Rüping intervenirten in den Haupt-Prozeß und erboten sich subsidiarisch zum Beweise durch Zeugen, daß die streitige Parzelle vom Jahre 1804 bis 1835 von den Pächtern des Kreuzbrüdergutes kraft Pachtvertrages und

Digitized by Google

als zu demſelben gehörig öffentlich und ungeſtört beſeſſen und benutzt worden ſei, und daß vom Jahre 1835 bis 1845 die Brüder Heinrich und Karl Wilhelm Rüping die fragliche Parzelle öffentlich und ungeſtört beſeſſen und benutzt haben. Sodann ließen ſie unter abſchriftlicher Mittheilung der Hauptladung, des motivirten Antrages der Beklagten und der Adcitationsladung, die appellantiſche Königl. Regierung als Vertreterin des bergiſchen Schulfonds zur Sache beiladen, um ſich ſchuldig erklären zu hören, die Einreden, welche die verklagte Wittwe von Delitz der Klage der Eheleute Franz Merkens entgegenſetzt, zu beſeitigen, oder die Adcitanten Rüping auf die Adcitation der Eheleute Franz Merkens zu vertreten und ihnen Alles das zu erſetzen, wozu ſie den Adcitanten Merkens gegenüber verurtheilt werden möchten. Dieſe Beiladung wurde darauf gegründet, daß die Königl. Regierung durch Act vom 15. Januar 1835 dem Karl Wilhelm Rüping das Kreuzbrüdergut verkauft habe, und daß zu demſelben auch die fragliche Parzelle gehört habe.

Die beigeladene Königl. Regierung beſtritt die Zuläſſigkeit und Bgründung dieſer Adcitation, und trug auf Abweiſung derſelben an.

Das Königl. Landgericht zu Bonn nahm in ſeinem Urtheile vom 23. Januar laufenden Jahres an, daß der von den Intervenienten und im Anſchluß an dieſelben von den Klägern erbotene Zeugenbeweis zur Begründung des der Klage zu Grunde gelegten Eigenthums geeignet ſei; daß nicht minder der von der Beklagten erbotene Beweis eines dreißigjährigen Beſitzes vor Anſtellung der Klage erheblich ſei, daß die Seitens der weiter adcitirten Königl. Regierung vorgebrachte Einrede der dreißigjährigen Verjährung des wider ſie erhobenen Evictionsanſpruches nach der Beſtimmung des Art. 2257 des B.-G.-B. offenbar unbegründet ſei, erkannte demgemäß auf die oben deferirten, von den Hauptparteien erbotenen Beweiſe, committirte das Königl. Friedensgericht zu Königswinter mit Vernehmung der Zeugen, und behielt die adcitatiſche Königl. Regierung im Prozeſſe.

Gegen dieſe Entſcheidung ergriff die Königl. Regierung die Berufung, derſelben wurde die Einrede der Unannehmbarkeit entgegengeſetzt, wenn das Urtheil die materiellen Intereſſen der Regierung nicht verletze, ſodann ſtritten die Parteien zur Sache über den Umfang der Evictionspflicht.

Digitized by Google

Der Hof erkannte wie folgt:

I. E., daß der erste Richter dem Antrage der Appellantin, den seitens der Appellaten im Wege der Adcitation gegen sie geltend gemachten Garantie-Anspruch zu verwerfen, in dem Urtheile a quo unter der ausdrücklichen Erwägung, daß der Antrag ungerechtfertigt sei, nicht entsprochen hat;

Daß die Appellatin, wenn sie wirklich, wie sie behauptet zu der verlangten Gewährleistung nicht verpflichtet, nicht genöthigt werden kann, in dem Prozesse zu bleiben, um erst bei der definitiven Entscheidung der Hauptklage eine ausdrückliche Entscheidung über die von ihr bestrittenen Gewährleistungspflicht zu erhalten;

Daß sie daher allerdings befugt ist, im Wege der Berufung von dem Urtheile des ersten Richters die ihr in diesem Urtheile nicht gewährte sofortige Abweisung des Garantie-Anspruchs der Appellaten zu erlangen, — sonach die Einrede der Unannehmbarkeit der Berufung nicht begründet ist;

Zur Sache selbst:

I. E., daß die Appellantin am 15. Januar 1835 das sogenannte Kreuzbrüdergut an die Appellaten resp. deren Erblasser verkauft und am 1. April desselben Jahres überliefert hat;

Daß die Appellaten dasselbe Gut am 10. August 1845 an den Erblasser des jetzigen Hauptklägers Merkens weiter verkauft haben und Letzterer durch eine am 8. Juli p. erhobene Klage von der Wittwe von Delitz die Herausgabe einer angeblich zu dem Kreuzbrüdergute gehörigen Parzelle verlangt hat;

Daß die Hauptverklagte die Herausgabe verweigert weil sie selbst Eigenthümerin dieser Parzelle sei;

Daß sie zur Begründung dieses Eigenthums keinen dem Verkaufsacte der Appellantin vorhergehenden Erwerbtitel anführt, sondern sich darauf beruft, daß sie die Parzelle während 30 Jahren vor der Klage besessen und dadurch deren Eigenthum erlangt habe;

Daß die Appellantin selbstredend die Appellaten und deren Rechtsnachfolger nicht gegen eine solche erst nach der Veräußerung von 1835 begonnenen und vollendeten Ersitzung zu vertreten hat;

Digitized by Google

J. E., daß nun zwar die Hauptverklagte v. Delitz auch abgesehen von der für sich in Anspruch genommenen Ersitzung das Eigenthum des Hauptklägers und seiner angeblichen Rechtsvorgänger zu bestreiten erklärt hat;

Daß die Appellaten Rüping aus dieser Auslassung der Hauptverklagten für die Appellantin als Verkäuferin die Verpflichtung herleiten, in diesem Prozesse Garantie zu leisten und durch Nachweisung ihres Eigenthums zur Zeit des Verkaufes die Durchführung der Klage gegen die jetzige Besitzerin zu suchen, indem die Appellaten insbesondere hervorheben, daß ohne diesen Beweis die Klage auf Herausgabe auch dann abgewiesen werde, wenn die Besitzerin und Hauptverklagte ihr Eigenthum nicht nachweisen werde;

Daß indeß diese Auffassung schon um deswillen nicht begründet ist, weil die petitorische Klage auf Herausgabe gegen den bloßen Besitzer nicht den Beweis des Eigenthums des Klägers resp. seiner Vorgänger erfordert, vielmehr nach unserm Rechte ebenso wie nach dem röm.= und gemeinen Rechte auch schon dann begründet ist, wenn der Kläger gegenüber dem ohne Titel besitzenden Verklagten den Nachweis führt, daß er das streitige Grundstück auf Grund eines Eigenthums=Erwerbtitels in Besitz genommen habe, — ein solcher Besitz aber seitens der Appellantin unbestrittener Weise den Appellaten in dem Kreuzbrüdergute nach dem Verkauf eingeräumt worden ist und die Appellantin nicht dafür aufzukommen hat, wenn trotz der Beschaffung dieses zur 10 resp. 20jährigen Eigenthums=Ersitzung geeigneten Rechtsverhältnisses die Appellaten oder ihre Rechtsnachfolger die daraus resultirende publicianische Klage durch spätere Ereignisse verloren haben sollten;

Aus diesen Gründen

weiset der Rhein. Appell.=Ger.=Hof, indem er das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Bonn vom 23. Januar c., soweit es die von den Appellaten gegen die Appellantin gerichtete Adcitation betrifft, diese Adcitation ab unter Verurtheilung der Appellaten in die Kosten beider Instanzen.

III. Senat. Sitzung vom 30. Mai 1866.

Advokaten: Nacken — Herbertz.

Digitized by Google

Falliment. — Zahlungs-Einstellung. — Frist für die Eröffnung des Falliments.

Gegen einen Handelsmann welcher sein Handelsgeschäft aufgegeben hat, kann nach dieser Zeit nur dann das Falliments-Verfahren eröffnet werden, wenn derselbe bereits in dem Augenblicke der Aufgabe seines Geschäfts sich im Zustande der Zahlungs-Einstellung befunden hat.

Binnen welcher Zeit in einem solchen Falle die Eröffnung des Falliments-Verfahrens noch zulässig ist, hängt von der factischen Lage des einzelnen Falles ab. Von Bedeutung bei Beurtheilung dieser Frage sind theils die Länge der Zeit, theils und ganz besonders der Umstand, ob seit der Geschäfts-Einstellung die factische Vermögenslage wesentliche Veränderungen erlitten hat.

Pfennigs — Pützfeld.

Der Kleinhändler Pützfeld hatte seit Januar 1864 sein Handelsgeschäft aufgegeben und sich mit Ackerbau und Wegearbeit ernährt. Im November 1863 und im Juli 1864 hatten Pfennigs und Bois noch aus dem frühern Geschäftsbetrieb bei dem Handelsgericht in Aachen zwei Urtheile erwirkt. Diese Urtheile wurden im Jahre 1866 durch Personalarrest vollstreckt, nachdem vorher Seitens der Ehefrau Pützfeld die Gütertrennungsklage und von andern Gläubigern Executionen durchgeführt worden waren, so daß bis auf einige unbedeutende und zweifelhafte Forderungen das Vermögen des Schuldners erschöpft war. Dieser erklärte sich nun, um sich möglicher Weise von dem Personalarrest zu befreien für fallit, und erwirkte beim Handelsgericht in Aachen am 9. Juli 1866 ein Urtheil, wodurch das Falliments-Verfahren eröffnet und die Zahlungs-Einstellung auf den 9. April dess. Jahres festgesetzt wurde. Die Opposition der erwähnten Gläubiger wurde verworfen. Das Handelsgericht ging hierbei wesentlich von dem Gedanken aus, daß auch nach der Geschäfts-Einstellung ein früherer Handelsmann in Fallimentszustand erklärt werden könne, wenn er seine Handelsschulden nicht bezahle. In consequenter

Digitized by Google

Durchbildung dieses Systems ergab sich dem Handelsgericht der Tag der Nichtbezahlung dieser Handelsschulden bez. der Vollstreckung des Personalarrestes als Tag der Zahlungs-Einstellung. Die opponirenden Gläubiger legten Berufung ein. In der Appell-Instanz wurde Seitens der Appellanten geltend gemacht: Nur ein actueller Kaufmann könne in Fallimentszustand erklärt werden, jedenfalls könne dies gegen einen frühern Kaufmann nur dann geschehen, wenn er bei der Einstellung seines Geschäfts schon im Zustand der Zahlungs-Einstellung sich befand, aber auch dann nicht mehr nach Ablauf von 6 Monaten, weil nach der Novelle vom 9. Mai 1859 die Zahlungs-Einstellung nicht über 6 Monate zurückdatirt werden könne, dieselbe also jedenfalls in die Zeit nach der Geschäfts-Einstellung falle, die frühere factische Zahlungs-Einstellung ignorire aber die Novelle, und betrachte sie als nicht existent. Dieselbe sei also ohne rechtliche Wirkung. Wolle man aber auch vom Tage der Geschäfts-Einstellung eine beliebige moralische Frist annehmen, so sei diese im vorliegenden Falle längst abgelaufen.

Der Hof erließ folgendes

Urtheil:

I. E., daß weder von den Appellanten mit Recht behauptet wird, nur Derjenige könne fallit erklärt werden, welcher zur Zeit der Falliments-Erklärung actueller Kaufmann ist, noch auch dem ersten Richter in der Annahme beigepflichtet werden kann, daß es zur Falliments-Erklärung hinreiche, wenn der insolvente Schuldner früher Handelsmann war, und Forderungen oder Urtheile gegen ihn fortbestehen, welche aus seinem ehemaligen Handelsbetrieb herrühren und wegen deren er mit Körperhaft verfolgt werden kann;

Daß nämlich gemäß Art. 437 des Rh. H.-G.-B. die Zahlungs-Einstellung eines Kaufmannes die Wirkung hat, ihn in den Fallimentszustand zu versetzen, mithin das rechtliche Verhältniß, für welches das Falliments-Verfahren im Gesetze vorgesehen ist, durch die Zahlungs-Einstellung in dem Zeitpunkt, in welchem dieselbe erfolgt, begründet wird, wogegen das Urtheil, welches das Falliment eröffnet, jenes rechtliche Verhältniß des Fallimentszustandes nicht bewirkt, sondern als bereits mit der Zahlungs-Einstellung eingetreten und vorhanden anerkennt;

Digitized by Google

Daß diesemnach auf der einen Seite Derjenige, welcher im Handelsbetrieb seine Zahlungen eingestellt hat, dadurch daß er vor Erwirkung oder vor Erlaß eines Urtheils der Falliments-Eröffnung sein Geschäft überträgt oder Handelsgeschäfte zu betreiben unterläßt, den eingetretenen Falliments-Zustand nicht wieder aufheben und das Falliments-Verfahren, welches für die Behandlung dieses rechtlichen Verhältnisses bestimmt ist, nicht abwenden kann, auf der andern Seite aber aus dem Grunde, weil gemäß Art. 437 des H.-G.-B. nur Kaufleute in Fallitzustand treten können, wie denn auch selbst der Begriff von Zahlungs-Einstellung im Sinne des Art. 437 das kaufmännische Verhältniß unterstellt, es als nothwendiges Erforderniß zu jeder Fallit-Erklärung gelten muß, daß die Zahlungs-Einstellung zu einer Zeit erfolgt ist, in welcher der Schuldner Handelsmann war;

J. E., daß die Richtigkeit dieser Auffassung auch darin eine Bestätigung findet, daß der Inhalt des Art. 437 des Code de commerce in neuern Fallimentsgesetzen durch ausdrückliche Zusätze in dieser Weise näher erläutert und ergänzt worden ist;

Daß beispielsweise das belgische Fallimentsgesetz von 1851 in Art. 437 ausdrücklich hinzufügt: Derjenige, welcher nicht mehr Kaufmann ist, könne fallit erklärt werden, sofern die Einstellung seiner Zahlungen zu einer Zeit stattfand, in welcher er noch Kaufmann war, und ebenso in Betreff der analogen Frage, ob ein Kaufmann nach seinem Tode fallit erklärt werden könne, nach Vorgang des dafür überwiegend geltend gewordenen französischen und rheinischen Gerichtsgebrauchs in dem französischen Fallimentsgesetz von 1838 Art. 437, dem holländischen H.-G.-B. von 1838 Art. 767, dem belgischen Fallimentsgesetz von 1851 Art. 437 und der preußischen Concurs-Ordnung §. 114 Nro. 2 ausdrücklich gesagt ist, daß ein verstorbener Kaufmann fallit erklärt werden könne, sofern die Einstellung seiner Zahlungen noch bei seinen Lebzeiten erfolgt war;

J. E., daß ferner unter der Voraussetzung, daß in einem gegebenen Falle die Zahlungseinstellung noch während des Handelsbetriebs erfolgt ist, zwar mit dem ersten Richter angenommen werden mag, daß aus der Schlußbestimmung der Novelle vom 9. Mai 1859 zum Rhein. H.-G.-B. Art. 441 nicht mit zwingender Nothwendigkeit die Folgerung zu ziehen ist, daß lediglich ein Ablauf von 6 Monaten seit Auf-

Digitized by Google

gabe des Geschäfts gesetzlich und unbedingt einer späteren Fallit-Erklärung entgegenstehe, indem jene Bestimmung der Novelle nicht etwa, (wie Beispiels-weise im französischen Fallimentsgesetz von 1838 die Zeitbeschränkung von 1 Jahr nach dem Tode des Schuldners), dem Art. 437 beigefügt ist, oder von der Fallit-Erklärung selber spricht, sondern nach den bekannten Intentionen des Gesetzgebers die Abänderung des früheren Rechts des Code de commerce, wonach die Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners zum Nachtheil des Handelsverkehrs während eines zu großen Zeitraums der nachträglichen Vernichtung oder Anfechtung unterworfen waren, zum Zweck und Gegenstand hat, und sich deshalb nur an die ihrem Sinne und Wesen nach auf jene Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners bezügliche Vorschrift über die Festsetzung des Tages der Zahlungs-Einstellung anschließt, so daß sich mit Fug behaupten läßt, nach der fraglichen Verfügung der Novelle sei durch den Zeitablauf von mehr als 6 Monaten die rechtliche Wirkung der Zahlungs-Einstellung (also der Fallitzustand und die Falliments-Eröffnung) nicht absolut aufgehoben und ausgeschlossen, sondern es solle die rechtliche Wirkung der Zahlungs-Einstellung nur relativ hinsichtlich der zwischenzeitlichen Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners vermöge einer besondern zum Vortheil des Verkehrs gegebenen gesetzlichen Bestimmung ignorirt werden, wonach ebenso, wie unzweifelhaft ein Kaufmann fallit erklärt werden kann, ungeachtet er erwiesenermaßen bereits seit länger als 6 Monaten seine Zahlungen eingestellt hatte, und dabei dennoch der Tag der Zahlungs-Einstellung nicht über 6 Monate hinaus rückwärts festzusetzen ist, so auch die rechtliche Möglichkeit der Fallit-Erklärung eines ehemaligen Kaufmannes nicht unter allen Umständen dadurch ausgeschlossen ist, daß seit der Aufgabe des Geschäfts mehr als 6 Monate verflossen sind;

Daß indessen in Ermangelung einer solchen positiv gesetzlichen Zeitbestimmung doch eine vernünftige Gränze zur Anwendung im concreten Falle sich aus der Natur der Sache ergibt;

Daß nämlich einestheils die Länge des Zeitraums während dessen von den Gläubigern und von dem Gemeinschuldner eine Fallit-Erklärung nicht veranlaßt worden ist, oft schon an sich geeignet sein kann, in bedenklichen Zweifel zu stellen, ob

Digitized by Google

bereits zur Zeit des Handelsbetriebs ein damals etwa allerdings vorhandener Vermögensverfall, welcher allein den Falliments-Zustand nicht bewirkt, in der offenen und prägnanten Weise als Zahlungs-Einstellung des Kaufmannes zu Tage getreten sei, wie es in dem Sinne des Art. 437 vorausgesetzt wird;

Daß anderntheils nach Verlauf einer längeren Zeit Veränderungen, welche inzwischen mit dem Vermögen des Schuldners vorgegangen sind, geeignet sein können, diesem Vermögen wesentlich den Charakter des Vermögens eines in Fallit-Zustand gerathenen Kaufmannes wieder zu benehmen und dasselbe in einen solchen Zustand zu bringen, daß der Zweck des Gesetzes, die kaufmännische Vermögensmasse im Wege des Falliments-Verfahrens zu behandeln, nicht mehr zutreffen und verfolgt werden kann, und das Falliments-Verfahren den von dem Gesetz bei ihm vorausgesetzten Gegenstand wieder verloren hat oder zur Verletzung von wohlerworbenen Rechten dienen würde;

Daß es in diesen Beziehungen auf die nähere Beurtheilung der Umstände des concreten Falles durch den Richter ankommt;

J. E., daß nun in der vorliegenden Sache von den Appellanten der Beweis erboten wird, daß Pützfeld im Jahr 1862 resp. 1863 sein Handelsgeschäft übertragen und von da ab keine Handelsgeschäfte mehr betrieben habe, während die Appellaten beweisen wollen, daß er bis zum Januar 1864 wie früher Handelsgeschäfte gemacht und gewerbmäßig betrieben habe, sonach durch die wechselseitigen Erklärungen der Parteien jedenfalls soviel feststeht, daß Pützfeld bereits seit dem Januar 1864 also während 2½ Jahren vor dem Falliments-Urtheil nicht mehr Kaufmann war;

Daß es dem gegenüber rechtlich nicht in Betracht kommen kann, wenn Pützfeld noch späterhin bei Prozeßschritten des einen oder des andern Appellanten mit Rücksicht auf die Zeit der Entstehung ihrer Forderungen in der Eigenschaft als Kleinhändler qualifizirt worden ist;

Daß die Fallit-Erklärung erst am 9. Juli 1866 auf das von Pützfeld aus dem Schuldenarresthaus eingereichte Gesuch erfolgt ist, die Frage aber: ob er bereits zur Zeit seines Handelsbetriebs die Zahlungen eingestellt hatte, von dem

Digitized by Google

Handelsgericht nach dem Obigen mit Unrecht als irrelevant betrachtet ist;

Daß diese Frage von dem Appellaten keineswegs außer Zweifel gestellt ist, indem die Erwirkung der beiden Urtheile vom November 1863 und Juli 1864 für sich allein wohl einen damaligen Vermögensverfall des Pützfeld wahrscheinlich machen, dagegen zumal unter den Umständen des Falles, nicht beweisen, daß eine Zahlungs-Einstellung im Sinne des Art. 437 des H.-G.-B. bereits vor dem Januar 1864 sich kundgegeben habe, was noch viel weniger durch die Executionsschritte aus späterer Zeit dargethan werden kann;

Daß auch das Handelsgericht selbst die Thatsache einer Zahlungs-Einstellung des Pützfeld vor dem Jahr 1864 verneint hat, indem es den 9. April 1866 zum Tage der Zahlungs-Einstellung festsetzte, dieselbe also erst in Ereignissen der neuesten Zeit etwa in der Inhaftirung des Pützfeld, als an Tag getreten erblickte, während es nach Maßgabe der Novelle spätestens den 9. Januar 1866 festgesetzt haben würde, wenn es der Ansicht gewesen wäre, daß thatsächlich bereits vor 1864 eine wirkliche Zahlungs-Einstellung des Pützfeld stattgefunden habe;

J. E., daß ferner aber auch außerdem aus den Verhandlungen und Acten der Parteien und aus den Fallimentsacten des Handelsgerichts zu entnehmen ist, daß bei Pützfeld der Gegenstand und Zweck eines Falliments-Verfahrens nicht mehr anzuerkennen ist;

Daß durch die gedachten Schriftstücke, insbesondere durch das Protokoll über den Versuch der Siegelanlage und durch den von Pützfeld aufgestellten Vermögensstatus theils dargethan, theils bescheinigt wird, daß Pützfeld inzwischen die Ackerwirthschaft betrieben, und Parzellen gepachtet hat, daß seine Gläubiger das gewöhnliche Exekutionsverfahren gegen ihn durchgeführt haben, die Früchte gepfändet, seine Mobilien zwangsweise versteigert worden sind, daß seine Ehefrau die Gütertrennung erwirkt hat, das ihr zugehörige Haus theilweise vermiethet ist, das vorhandene Mobilar von derselben als beim Zwangsverkauf aus ihren Mitteln angesteigert in Anspruch genommen und besessen wird, und gemäß dem Status von Pützfeld überhaupt kein Activum desselben vorhanden ist, außer einer Anzahl von angeblichen Forderungen von äußerst

Digitized by Google

geringfügigen Beträgen in einer Gesammtsumme von nur 88 Thlr. welche bei 15 Personen ausstehen sollen;

Daß unter solchen Umständen auf ein durch Falliments-Verfahren zu liquidirendes kaufmännisches Vermögen des Pützfeld nicht mehr zurückzukommen ist, die Fallit-Erklärung für die Gläubiger welche während so langer Zeit davon abgesehen haben, kein Interesse und keinen Gegenstand hat, dem Appellaten Pützfeld selbst aber eine Berechtigung nicht zuzuschreiben ist, die Einleitung eines Falliments-Verfahrens lediglich als ein Mittel zu dem Zwecke seiner Befreiung aus der urtheilmäßigen Schuldhaft für sich in Anspruch zu nehmen;

Aus diesen Gründen

reformirt der Appell.-Ger.-Hof das Urtheil des Kgl. Handelsgerichts zu Aachen vom 26. Juli 1866, nimmt die von den Appellanten Pfennigs und Bois gegen das Urtheil das Kgl. Handelsgerichts zu Aachen vom 9. Juli 1866 eingelegte Opposition als begründet an, hebt die durch letztgedachtes Urtheil ausgesprochene Fallit-Erklärung des Ackerers und Wegearbeiters früheren Kleinhändlers Peter Joseph Pützfeld auf, und legt diesem Peter Joseph Pützfeld die Kosten beider Instanzen zur Last, verordnet die Rückgabe der Strafgelder.

III. Senat. Sitzung vom 29. September 1866.

Advokaten: Nacken, Wallraf — Compes.

Competenz der Handelsgerichte in Fallimentssachen.

Die Handelsgerichte als Ausnahmegerichte haben auch im Fallimentsverfahren und im Falle des Art. 508 des H.-G.-B. nur über solche Contestationen zu entscheiden, die überhaupt zur Cognition der Handelsgerichte gehören. Insbesondere haben die Handelsgerichte nicht über Repriſenanſprüche der Frau des Falliten zu entscheiden.

Bermann — Fallitmasse Bermann.

Die von der Frau Julius Isaac Bermann bei der Fallitmasse von Gebr. Bermann — von welcher Firma Julius

Isaac Bermann Theilhaber war — aus dem Ehevertrage angemeldeten vom Syndik conteſtirten Anſprüche hatte das Handelsgericht zu Trier abgewieſen. Auf die Berufung der Frau Bermann hat der Appell.-Ger.-Hof, ohne daß die Competenzfrage von irgend einer Seite angeregt worden, folgendes Urtheil erlaſſen:

In E., daß den Handelsgerichten in Fallitſachen eine allgemeine Jurisdiction nirgends beigelegt iſt, dieſelben daher auch im Falliments-Verfahren ihre Eigenſchaft als Ausnahmegericht unverändert beibehalten;

Daß namentlich der Art. 508 des Code de commerce, welcher den Richter-Commiſſar ermächtigt, im Falle der Beſtreitung einer im Fallimente angemeldeten Forderung durch den Syndik, die Parteien ohne Vorladung mit abgekürzter Friſt zur Entſcheidung vor das Handelsgericht zu verweiſen, wie ſich aus einer Vergleichung des Art. 458 ergibt, nur auf ſolche Conteſtationen zu beziehen iſt, die überhaupt zur Cognition der Handelsgerichte gehören;

Daß die Handelsgerichte aber abſolut incompetent ſind, über Repriſenforderungen einer Ehefrau gegen ihren Ehemann zu erkennen, und deshalb der Richter a quo, ungeachtet von den Parteien die Einrede der Incompetenz gar nicht erhoben worden war, von Amtswegen die Entſcheidung über die von der Appellantin angemeldeten vom Syndik aber beſtrittenen Repriſenanſprüche ablehnen mußte;

Daß wenn ſtatt deſſen der erſte Richter in der Sache ſelbſt erkennend die Anſprüche der Appellantin zurückgewieſen hat, letztere dadurch offenbar beſchwert wurde, und dabei auch, weil es ſich von einer abſoluten Incompetenz handelt nicht darauf ankommen kann, daß in der 2. Inſtanz ebenſowenig eine Incompetenz-Einrede vorgebracht worden iſt;

Aus dieſen Gründen

reformirt der Kgl. Rhein. Appell.-Ger.-Hof das Urtheil des Handelsgerichts zu Trier vom 16. Auguſt 1865, erklärt unter Aufhebung dieſes Urtheils das Handelsgericht für incompetent in der Sache zu entſcheiden.

I. Senat. Sitzung vom 17. April 1866.

Advokaten: Eſſer I. jun. — Lautz.

Digitized by Google

Eigenthum. — Beschränkung der Veräußerungsbefugniß. — **Mutatio libelli.**

Ein Verkauf ist nichtig, in welchem dem Käufer allgemein verboten ist, ohne Genehmigung des Verkäufers weiter zu verkaufen.

Es ist keine unzulässige Mutatio libelli wenn eine auf Auflösung eines Vertrags wegen Nicht-Erfüllung gerichtete Klage in eine auf Vernichtung des Vertrags gerichtete verändert wird, wenigstens dann nicht, wenn die praktischen Folgen im Wesentlichen dieselben sind.

Rothschild — Knappschafts-Verein zu Saarbrücken und Müller.

Durch Act vor Notar Goecke zu Ottweiler vom 7. August 1861 verkaufte der Saarbrücker Knappschafts-Verein dem Bergmann Ludwig Müller zu Elversberg behufs Ansiedelung daselbst zum vollen Eigenthum eine Baustelle von 45 Quadratruthen für einen Kaufpreis von 30 Thlrn., wovon 25 Thlr. laut Quittung im Acte bezahlt wurden. Diesem Kaufvertrage wurde folgende Stipulation als Resolutivbedingung zum Grunde gelegt: „Jede Veräußerung des Bauplatzes beziehungsweise des darauf erbauten Hauses an einen Dritten außer den Erben des Bauenden, sei es durch Verkauf, Tausch, Schenkung, oder durch welches Rechtsgeschäft es immer wolle, sowohl freiwillig als zwangsweise, ist nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Knappschafts-Vorstandes gestattet; diese Genehmigung wird in der Regel immer ertheilt werden, wenn das Haus an einen Bergmann veräußert wird; jede Veräußerung, welche durch den Bauenden oder dessen Erben und Universal-Successoren ohne die Einwilligung des Knappschafts-Vorstandes erfolgt, bewirkt die Auflösung des mit dem Bauenden abgeschlossenen Kaufvertrages der Art, daß der Bauplatz nebst Accessorien an den verkaufenden Knappschafts-Verein wieder zurückfällt, wogegen derselbe dem Eigenthümer den Kaufpreis und den zur Errichtung des Hauses gegebenen Vorschuß, abzüglich dessen, was etwa darauf noch geschuldet wird, zurückzahlt, die Prämie verbleibt dem Bauenden für seine beim Bauen aufgewandte Mühe. Im weiteren Verlauf enthält der Act Bestimmungen über die Verpflichtung des Ankäufers zur Erbauung eines Hauses

Digitized by Google

auf der angekauften Baustelle. Am nämlichen 7. August verpfändeten Eheleute Müller den Bauplatz mit dem darauf zu errichtenden Hause dem Knappschafts-Verein für ein Darlehn von 400 Thlrn. Gemäß Quittung vom 25. Januar 1862 empfingen Eheleute Müller aus der Grubencasse von Heinitz für das neuerbaute Haus eine Prämie von 175 Thlr. Im Jahre 1864 leitete Lazarus Rothschild auf Grund eines Urtheils vom 5. Februar 1861 gegen Eheleute Müller das Subhastations-Verfahren ein, worin am 29. October 1864 beim Friedensgerichte zu Ottweiler die Licitation erfolgte. Dabei wurde der Extrahent Rothschild selbst Ansteigerer der in Rede stehenden Gebäudefläche nebst Garten und darauf erbautem Hause.

Auf Grund dieses Sachverhältnisses erhob der Knappschafts-Verein am 7. März 1865 gegen Eheleute Müller und gegen Rothschild Klage zum Landgerichte in Saarbrücken mit dem Antrage, den Kaufvertrag vom 7. August 1861 wegen Zuwiderhandlung gegen die Bedingungen des Kaufs für aufgelöst zu erklären und demzufolge zu erkennen, daß der näher bezeichnete Bauplatz mit Haus und Garten frei von den durch Eheleute Müller zu Gunsten Dritter seither bestellten Servituten und Hypotheken in's volle Eigenthum des Knappschafts-Vereins zurückgehe; so doch, daß dagegen die Hypothekarforderung aus der Obligation vom 7. August 1861 zu Gunsten der Schuldner in Wegfall komme, ihnen die Bauprämie verbleibe, auch die auf's Baukapital geleistete Abschlagszahlung vergütet werde, sodann die Verklagten zur Räumung des Hauses mit Zubehör zu verurtheilen und, soweit erforderlich, die Licitation vom 29. October 1864 als aufgehoben zu erklären.

Von Seiten der Verklagten wurde entgegnet: das Urtheil Rothschild's vom 5. Februar 1861 und somit dessen Hypothekenrecht sei älter als die durch den Act vom 7. August 1861 erworbenen Rechte des Knappschafts-Vereins; dieser habe die Veräußerung durch Mitbieten bei der Licitation genehmigt; das jetzt durch die Klage verfolgte Recht hätte nach Paragraph 19 der Subhast.-Ordnung spätestens im Licitationstermine geltend gemacht werden müssen; endlich sei die Stipulation der vorbehaltenen Genehmigung und die darin liegende Beschränkung der Veräußerungsbefugniß des Eigenthümers gegen die öffentliche Ordnung und deshalb unwirksam.

Digitized by Google

Durch Urtheil vom 8. Juni 1865 erkannte das Landgericht unter Beseitigung dieser sämmtlichen Einreden nach Inhalt der Klage. Gegen dieses Urtheil legte Rothschild die Berufung zum Rhein. Appell.-Ger.-Hofe, von welchem, nachdem gegen die nichterschienenen Eheleute Müller ein Verbindungs-Urtheil ergangen und denselben mit erneuerter Vorladung zugestellt worden war, seitens des Appellanten dahin angetragen wurde, die Klage des Knappschafts-Vereins als unannehmbar oder als unbegründet abzuweisen. In den mündlichen Vorträgen wurde über die Bedeutung des Adjudikations-Urtheils vom 29. October 1864 als res judicata, die Bedeutung und Gültigkeit oder Ungültigkeit der Clausel des Vorbehalts der Genehmigung und event. über die Wirkung der Ungültigkeit gestritten. Seitens des Klägers und Appellaten wurde abweichend von der Fassung der Klage geltend gemacht, der ganze Vertrag sei in Folge der Clausel nichtig, wogegen der Appellant hervorhebt, eine solche Klage-Veränderung sei unzulässig.

Der Hof erließ folgendes

Urtheil:

J. E., daß die nichterschienenen Mitappellaten Eheleute Müller unter Zustellung des erlassenen Verbindungs-Urtheils in gehöriger Weise nochmals vorgeladen worden sind, und daher auch gegen sie contradictorisch zu erkennen ist;

J. E., daß durch die dem B.-G.-B. vorhergehende Intermediäre-Gesetzgebung die Beschränkungen der Veräußerungsrechte des Eigenthümers aufgehoben und durch das B.-G.-B. die vertragsmäßige Wiedereinführung solcher Beschränkungen im Allgemeinen nicht gestattet worden ist, sonach eine jede derartige Stipulation, als der öffentlichen Ordnung zuwiderlaufend, nichtig ist;

Daß in dem Kaufvertrage, durch welchen der mitappellatische Verein das den Gegenstand der Klage bildende Grundstück dem Mitappellaten Müller behufs seiner Ansiedelung als Bergmann kaufweise zum Eigenthum übertragen hat, bedungen wurde, daß jede, freiwillige oder unfreiwillige Veräußerung an andere als die Erben des Käufers nur mit Genehmigung des Verkäufers gestattet sei und daß jede Veräußerung seitens des Käufers oder dessen Erben ohne Ge-

Digitized by Google

nehmigung des Vereins die Auflösung des Kaufvertrages bewirken solle;

Daß hierdurch, nach der Intention der Parteien, die Veräußerung dem freien Willen des Eigenthümers entzogen und der Zustimmung eines Dritten unterworfen sein soll, welcher bei der Ertheilung oder Versagung dieser Genehmigung nicht gleich einer vormundschaftlichen oder Aufsichtsbehörde die Interessen des Eigenthümers zu vertreten und die aus dessen persönlicher Beschaffenheit hervorgehende Beschränkung der Dispositionsfähigkeit zu ergänzen, sondern nach seinen eigenen Interessen, die denen des Eigenthümers entgegengesetzt sein können, zu handeln hat;

Daß eine solche Stipulation der, der öffentlichen Ordnung angehörigen Veräußerungsfreiheit zuwiderläuft und nicht zu Rechte besteht;

Daß es auch rechtlich durchaus unzulässig ist, diese Stipulation, welche die Parteien als eine einzige verabredet haben, — mit dem ersten Richter in zwei Stipulationen zu zerlegen, von welchen die eine, auf die Lebensdauer des Käufers beschränkt, gültig, die andere, auf den Zeitraum nach dem Tode des Käufers ausgedehnt, nichtig sein soll;

Daß vielmehr diese Stipulation in Beziehung auf die Frage, ob sie der öffentlichen Ordnung gemäß sei, als eine untheilbare zu betrachten ist;

Daß aber aus der nothwendigen Verneinung dieser Frage nicht bloß die Nichtigkeit dieser Stipulation, sondern die Nichtigkeit des ganzen Kaufvertrages gefolgert werden muß, da die in dieser Stipulation enthaltene Verpflichtung des Käufers nach der Natur der Sache und in der bestimmt ausgesprochenen Auffassung der Parteien einen durchaus wesentlichen Bestandtheil der vom Käufer übernommenen Verpflichtung bildet und der nach Wegstreichung dieses wesentlichen Bestandtheils sich ergebende Inhalt des Kaufvertrages ein ganz anderer Vertrag ist, als welchen die Parteien abgeschlossen haben und haben abschließen wollen;

Daß wenn dem entgegen der erste Richter für seine Annahme, daß nur die Veräußerungsbeschränkung theilweise nichtig, trotz dem aber der Verkauf selbst gültig sei, auf den Art. 900 des B.-G.-B. Bezug nimmt, er hierbei ganz übersehen hat, daß dieser Artikel nur eine auf Schenkungen

Digitized by Google

und Testamente beschränkte Ausnahme von der allgemeinen Regel des Art. 1172 enthält;

J. E., daß hiernach der appellatische Verein, die Herausgabe des verkauften Grundstückes von dem Käufer resp. seinem Rechtsnachfolger zu verlangen berechtiget ist;

Daß nun zwar die Klage in ihrem Petitum nicht bloß auf diese Rückgabe gerichtet ist, sondern auch die vorgängige Auflösung des Kaufvertrages wegen Nichterfüllung der Bedingung der Nichtveräußerung verlangt, und der erste Richter diesem Verlangen entsprochen hat;

Daß indeß der praktische Gegenstand der Klage doch nur die Zurückgabe des verkauften Objectes ist, und die von dem Vertreter des Vereins event. gegen die Einwendungen des Appellanten geltend gemachte Nichtigkeit des Kaufvertrages eine unzulässige Abänderung der Klage nicht enthält, auch Appellant in seinen Interessen keineswegs dadurch verletzt ist, daß die Herausgabe des Kaufobjectes vom ersten Richter statt aus dem Grunde der Nichtigkeit aus dem der Auflösung wegen eingetretener Resolutivbedingung verordnet worden ist, sowie denn auch die vom ersten Richter an die Herausgabe geknüpften, dem Klagepetitum entsprechenden Modifikationen, nämlich der Wegfall der Hypothekarschuld der Appellaten Müller, das Verbleiben der Bauprämie in den Händen dieser Appellaten und die Rückgabe des gezahlten Theiles des Kaufpreises an dieselben jedenfalls den Appellanten nicht verletzt;

J. E., daß dem gemäß, und da der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache, sowie der Einwand, der appellatische Verein sei auf Grund des §. 19 der Subhast.-Ordnung seiner Ansprüche verlustig, vom ersten Richter aus richtigen Gründen beseitigt worden, die Berufung zu verwerfen ist;

Aus diesen Gründen

verwirft der Rhein. Appell.-Ger.-Hof, — zwischen allen Parteien contradictorisch erkennend, die Berufung des Appellanten von dem Urtheile des 2. Landgerichts zu Saarbrücken vom 8. Juni p. unter Verurtheilung des Appellanten in Strafe und Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 18. Juli 1866.

Advokaten: Nacken — Lautz.

Digitized by Google

Societät. — Minderjährige. — Verkauf von Immobilien.

Enthält ein auch auf die Erben der socii übergehender Civil-Societäts-Vertrag besondere Bestimmungen über die Veräußerung der gemeinschaftlichen Immobilien, so greifen gleichwohl, wenn einer der socii stirbt und Minderjährige hinterläßt, für Letztere die betr. des Güterverkaufs für Minderjährige geltenden Bestimmungen Platz, wenn und insofern der Verkauf nur durch die Mitwirkung und Willenserklärung der Vormünderin der Minderjährigen zu Stande kommt.

Hagen — Stucke.

Dr. Stucke, Paul Hagen und Emil Baehrens in Köln kauften gemeinschaftlich ein Haus und mehrere Ländereien auf Speculation. In dem Societäts-Vertrag vom 18. April 1849 war bestimmt, daß jeder der Gesellschafter Verkaufs-Verhandlungen anknüpfen könne, und daß sobald zwei derselben über den Verkaufspreis einverstanden seien, der dritte gehalten sei, den Verkauf entweder zu gestatten oder für den fixirten Kaufpreis selbst anzukaufen; zugleich war bestimmt, daß das Societäts-Verhältniß durch den Tod eines der socii nicht aufgelöst werden solle. Baehrens starb und hinterließ Minderjährige. Im Jahre 1856 theilten Hagen und Ehefrau Baehrens (letztere ohne Angabe, daß sie zugleich als Vormünderin handle) dem Dr. Stucke brieflich mit, daß das Haus zu einem bestimmten Preis zu verkaufen sei, worauf Dr. Stucke dasselbe zu diesem Preise für sich erwarb. Im Jahre 1864 erhob die Wittwe B. in eigenem Namen und als Vormünderin ihrer Kinder gegen die frühern socii Klage auf Theilung des Hauses, indem sie den Verkauf an Dr. Stucke wegen Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen als ungültig anfocht. Hagen trat dieser Klage bei. Durch Urtheil vom 28. Juli 1864 wies das Königl. Landgericht in Köln die Klage zurück, weil auch die Minderjährigen durch den obigen Societäts-Vertrag gebunden seien. Gegen diese Entscheidung legte die Klägerin in ihren angegebenen Eigenschaften und Hagen Berufung ein. In den mündlichen Vorträgen wurde Seitens der Appellanten geltend gemacht:

Digitized by Google

die Vorschriften über den Verkauf von Mündelgütern seien absolut je resp. verbietender Natur, welche sich jeder Abänderung durch den Privatwillen der Parteien entzögen; jedenfalls aber seien nur Stucke und Hagen berechtigt gewesen zu verkaufen bez. die Baehrens zum Ankauf zu zwingen, — zu welchem Ankauf auch Vormünder berechtigt seien, — vorliegend habe aber die Baehrens und Hagen verkauft, eine Vormünderin könne aber nur unter den vom Gesetz angeordneten schützenden Formen einen Willen zum Verkauf ausdrücken. Von der Gegenseite wurde geltend gemacht: In Folge des Societäts-Vertrags, welcher auch die Minderjährigen binde, habe die Veräußerung des Hauses nur den Charakter einer Administrations-Handlung, und wenn die Aufstellung der Gegenseite, Dr. Stucke und Hagen seien zum Verkauf berechtigt, richtig sei, so seien dieselben auch befugt zu dem fixirten Preis das Haus selbst zu behalten und folgeweise auch jeder derselben mit Zustimmung des anderen für sich allein, jedenfalls aber müsse der Verkauf aufrecht bleiben betr. der Antheile des Hagen und der Wittwe B. in eigenem Namen.

In Uebereinstimmung mit den Anträgen des öffentlichen Ministeriums erließ der Hof folgendes

Urtheil:

In E., daß die Bestimmungen des Societäts-Vertrags vom 18. April 1849, wodurch der Appellat Dr. Stucke, Paul Joseph Hagen und Emil Baehrens das streitige Haus und mehrere Ländereien zum Zwecke eines Speculations-Geschäftes für gemeinschaftliche Rechnung angekauft haben, unbezweifelt nicht nur für die paciscirenden Gesellschafter, sondern auch für deren Erben bindend sind, da nach Inhalt des Vertrags die Societät durch den Tod eines der Gesellschafter nicht aufgelöst werden, sondern die Erben in dessen Rechte und Verpflichtungen eintreten sollten;

Daß hiernach das Recht der einzelnen Gesellschafter, den Erben ihres Mitgesellschafters gegenüber, auch wenn dieselben minderjährig waren, nach Maßgabe des Vertrags über das Societäts-Vermögen zu verfügen, und namentlich den Wiederverkauf der Immobilien in vertragsmäßiger Gestaltung

Digitized by Google

vorzunehmen, sicher gestellt war, ohne daß es dabei der sonst für den Verkauf von Mündelgütern gesetzlich erforderlichen Förmlichkeiten bedurfte;

Daß gleichwohl die im Interesse der Minderjährigen für die Veräußerung von Immobilien gegebenen gesetzlichen Bestimmungen, ungehindert des Societäts-Vertrags, insoweit bestehen bleiben, als es die Minderjährigen sind, welche über das Societäts-Vermögen disponiren wollen;

Daß Verfügungen ihrerseits, insoweit solche über Immobilien getroffen werden sollen, nicht nach dem einseitigen Willen des Vormundes, sondern nur mit Genehmigung des Familienraths und mit gerichtlicher Bestätigung rechtsgültig vorgenommen werden können, und der Umstand, daß es von Societäts-Vermögen sich handelt, hiervon keine Ausnahme begründet, indem gesetzlich das Verwaltungsrecht des socius jenes von Immobilar-Veräußerungen nicht in sich begreift, und durch den Vertrag den im Interesse der Minderjährigen bestehenden Vorschriften nicht derogirt ist;

J. E., daß, wenn hiernach der Art. 5 des Societäts-Vertrags verfügt, daß ein Verkauf des gesellschaftlichen Vermögens nur mit Einwilligung zweier der drei Gesellschafter geschehen könne, hieraus zwar folgt, daß das Ableben des Emil Baehrens die beiden Mitgesellschafter Stucke und Hagen ihrerseits an der Ausübung ihres Verkaufsrechts nicht würde gehindert haben, und daß in diesem Falle den Erben Baehrens nur das vertragsmäßige Recht der Selbstübernahme des Verkaufs-Objekts zu dem übereingekommenen Kaufpreis zugestanden haben würde;

Daß aber, insoweit der Verkauf von der Einwilligung der Erben Baehrens, also von der Frage, ob dieselben in ihrem Interesse die Veräußerung genehm hielten, abhing, diese Einwilligung hinsichtlich der mitbetheiligten Minderjährigen von der Vormünderin nur unter Beobachtung der gesetzlichen Bestimmungen rechtsgültig hätte ertheilt werden können;

Daß übrigens der am 18. Februar 1856 von Seiten des Paul Hagen und der Wittwe Baehrens an den Appellaten Stucke geschehene Verkauf des Hauses nach Inhalt der denselben constatirenden Correspondenz nicht einmal ergibt,

Digitized by Google

daß überhaupt Wittwe Baehrens zugleich als Vormünderin ihrer Kinder den Vertrag geschlossen habe, und daß daher jener Verkauf, soviel die Betheiligung der Minderjährigen betrifft, in jeder Beziehung ohne Wirkung ist;

J. E., daß gleichwohl hieraus mit den anderen Appellanten Wittwe Baehrens und Paul Joseph Hagen die auf den Art. 13 des Gesetzes vom 18. April 1855 gestützte Folge nicht hergeleitet werden kann, daß auch ihnen gegenüber das Verkaufs-Geschäft nicht rechtsbeständig sei;

Daß nämlich der fragliche Verkauf im Sinne des ihm zum Grunde liegenden Societäts-Vertrags keineswegs als ein Act der Theilung, wie die Appellanten behaupten, zu betrachten ist, die Societät vielmehr gerade den Wiederverkauf des Hauses und die daraus sich ergebende Realisirung von Gewinn oder Verlust bezweckt, und eine Auseinandersetzung zum Zwecke der Theilung vor Ablauf der vertragsmäßigen Dauer der Societät nicht beabsichtigt sein konnte;

Daß mithin, da durch den Wiederverkauf des Hauses diejenigen Eigenthums-Antheile, worüber die Appellanten zu disponiren befugt waren auf den Appellaten als Ankäufer übergegangen sind, eine Gemeinschaft des Hauses nur noch zwischen ihm und den appellantischen beiden Minorennen besteht, somit dem Antrag auf Theilung des Hauses resp. bei dessen unbestrittener Natural-Untheilbarkeit auf den Verkauf nur zu Gunsten der gedachten Minorennen gegenüber dem Appellaten Stucke stattzugeben ist.

Aus diesen Gründen

gibt der Königl. Rhein. Appell.-Ger.-Hof mittelst theilweiser Reformation des Urtheils des Königl. Landgerichts zu Köln vom 28. Juli 1864 der angehobenen Theilungsklage in soweit statt, als solche für die appellantischen minderjährigen Emil und Carolina Baehrens gegen den Appellaten erhoben worden; erklärt die gedachten Appellanten als zu ½ des zu theilenden Hauses auf der Hochpforte Nro. 14 hierselbst noch gegenwärtig berechtigt; — verwirft die Berufung der anderen Appellanten, soviel die ihrerseits beantragte Betheiligung an dem fraglichen Hause betrifft, die übrigen ⅚ desselben dem Appellaten zuerkennend ꝛc.

III. Senat. Sitzung vom 16. October 1866.

Advokaten: Lautz — Herbertz — Nacken.

Obligation. — Cession. — Klage auf Uebertragung eines obligatorischen Verhältnisses.

Ist bei Ausstellung eines neuen Schuldtitels Seitens des Schuldners ein anderer als der Berechtigte als Gläubiger angegeben worden, so kann der ursprünglich Berechtigte den neuen Gläubiger auf dem Wege der Klage zwingen die Forderung an ihn zu cediren.

Civilgemeinde Thürnich — Kirchengemeinde Balkhausen.

Am 29. September 1831 waren vor Notar Krahe eine Reihe Personen erschienen, welche in Gegenwart des Kirchen-Rendanten von Balkhausen, welcher damals auch Mitglied des Schulvorstandes war, theils zu Gunsten der Kirche, theils zu Gunsten der Schule neue Erklärungen über die früher bestandenen Schuldverhältnisse abgaben, da die früheren Titel theils verloren, theils älter als 30 Jahre waren. Unter denselben befand sich auch Bernard Hillenbrand, welcher erklärte, der Kirche zu Balkhausen 26 Thlr. 27 Sgr. 2 Pfg. zu verschulden und für diese Summe Hypothek stellte. Im Jahre 1861 klagte die Kirche von Balkhausen gegen den Hillenbrand am Friedensgerichte zu Kerpen auf Zahlung von mehrjährigen Zinsen dieser Forderung. H. erklärte: er verschulde die Kapital-Summe und Zinsen nicht der Kirche, sondern der Schule, auch seien bisher alle Zinsen an die Schule bezahlt worden. Die Erklärung in dem Acte vom 29. September 1831, wonach die Kirche Gläubigerin sei, beruhe auf einem Irthum. Der Bürgermeister von Thürnich als Vertreter der Schule intervenirte in den Prozeß und schloß sich den Erklärungen des Schuldners an mit der Behauptung: die Schule sei die wirkliche und rechtmäßige Gläubigerin. Das Friedensgericht wies die Intervention jedoch zurück und verurtheilte den Schuldner der Klage gemäß. Hierauf erhob die Schule zu Balkhausen, vertreten durch den Bürgermeister von Thürnich Klage gegen die Kirchengemeinde Balkhausen und verlangte neben andern Punkten Entschädigung, weil letztere sich auf Grund eines Titels vom 29. September 1831 als Gläubigerin von Bernard Hillenbrand

Digitized by Google

bez. deſſen Erben gerire, während ſie ſelbſt die wahre Gläubigerin dieſes Schuldners ſei. Sie ſuchte unter Bezug auf eine Reihe von Umſtänden nachzuweiſen, daß die in dem Notarial-Acte erwähnte Forderung die Hälfte einer ältern ihr zuſtehenden Forderung gegen Gerhard Baumann, Schwiegervater des H. ſei, deren andere Hälfte bereits früher von dem andern Schwiegerſohn bezahlt worden war. Von Seiten der Kirche wurde die Einrede der res judicata entgegengeſetzt, die Identität der beiden Forderungen beſtritten und außerdem geltend gemacht, daß Klägerin durch den Titel von 1831 nicht verletzt ſei, ihr Recht auf Verfolgung ihres Schuldners dadurch nicht beeinträchtigt werde und könne dieſelbe daher nicht gegen die Kirche, ſondern nur gegen ihren Schuldner klagen. Das Landgericht wies die Klage zurück.

Der Hof reformirte in Uebereinſtimmung mit dem Antrage des öffentl. Miniſteriums, wie folgt:

In E. zum dritten Klagepunkt, daß die Berechtigung der Schule zu Balkhauſen zu der Forderung von 26 Thlr. 27 Sgr. 2 Pfg. gegen Hillenbrand vollſtändig dargethan iſt;

Daß nämlich aus dem Protokolle vom 5. Mai 1809, wonach Gerhard Baumann, ſowie eine Anzahl anderer Perſonen ſich vor dem Bürgermeiſter von Thürnich, als Schuldner der Schule zu Balkhauſen bekennen, und aus dem Bericht deſſelben Bürgermeiſters an den Landrath vom 19. Februar 1810, laut welchem die Forderungen an jene Perſonen im Geſammtbetrag von 1656 Franken einer Schulſtiftung angehören, das damalige Beſtehen einer Forderung der Schulſtiftung zu Balkhauſen an Gerhard Baumann daſelbſt im Betrage von 70 Rthlr. (kölniſch) zu entnehmen iſt;

Daß wie erwieſen und thatſächlich nicht beſtritten iſt, dieſer Gerhard Baumann zwei Töchter, nämlich die Ehefrau Schweinem und die Ehefrau Hillenbrand hinterließ;

Daß gemäß dem wörtlichen Inhalt einer vorliegenden Quittung vom 4. Dezember 1820, welche der damalige Bürgermeiſter und der damalige Pfarrer von Balkhauſen in der Eigenſchaft als Schulräthe ausgeſtellt haben, das zur Rolshauſiſchen Schulſtiftung gehörige von dem verſtorbenen Gerhard Baumann geſchuldete Kapital von 70 Rthlr. zur Hälfte mit 35 Rthlr. von Bernard Schweinem abgelegt wurde;

Digitized by Google

Daß der andere Schwiegersohn des Gerhard Baumann, Hillenbrand, wie unter den Parteien nicht bestritten ist, seit damals, und noch nach dem Notarial-Act von 1831 und bis in neueste Zeit, im Jahre 1861, von der Kirche Ansprüche gegen ihn erhoben wurden, die Zinsen von genau der Hälfte der Schuld seines Schwiegervaters an den Lehrer oder die Gemeinde-Casse, nicht aber an die Kirche bezahlt hat;

Daß auch in dem Status, welcher über die Kapitalien der Kirche zu Balkhausen von dem Kirchenrath im Jahre 1820 aufgestellt worden ist, und in den Rechnungen der Kirchen-Casse nirgend von der Forderung an Gerhard Baumann in Balkhausen oder an Schweinem oder Hillenbrand die Rede ist, dagegen in einem von dem Bürgermeister im Jahre 1820 aufgestellten Verzeichniß der zur Rolshausischen Schulstiftung gehörigen Forderungen die Baumann'sche Forderung mit aufgeführt ist, und ein Status über die Kapitalzinsen der Schulverwaltung zu Balkhausen, welcher von dem Pfarrer als Mitglied des Schulvorstandes mit unterzeichnet ist, den Bernard Hillenbrand als Debenten von 1 Thlr. 10 Sgr. 4 Pfg. jährlicher Zinsen (den 5% Zinsen von 35 Rthlr. kölnisch) angibt, auch die Summe der in diesem Status zusammengestellten jährlichen Zinsen der Schulverwaltung mit der in einem Beschluß des Schulvorstandes von 1826 und in einer Matrikel für die Schule von Balkhausen aus dem Jahre 1830, welche beide Actenstücke von dem Bürgermeister und von dem Pfarrer gezeichnet sind, enthaltenen Angabe über das jährliche Geldeinkommen der Schule übereinstimmen;

Daß der Act vor Notar Krahe vom 29. September 1831 nichts Anderes enthält, als Anerkenntnisse über bestehende Forderungen, welche zum Zweck der Bestellung neuer Titel unter Einräumung von Hypotheken durch eine Anzahl von Schuldnern theils zu Gunsten der Kirche, theils zu Gunsten der Schule oder der Armen abgegeben wurden, wobei ein Mitglied des Kirchenvorstandes Reimer, welcher übrigens, wie die Protokolle der Schulverwaltung ergeben, zu der damaligen Zeit auch Mitglied des Schulvorstandes war, als anwesend aufgeführt ist, und mit gezeichnet hat, ohne Zweifel in dem Sinne, die Anerkenntnisse für die betreffenden im Act bezeichneten Gläubiger, für die Kirche, die Armen beziehungsweise die Schule, zu acceptiren;

Digitized by Google

Daß, wenn nun Hillenbrand in diesem Act genau den Betrag, welcher die Hälfte der von seinem Schwiegervater auf ihn übernommenen Schuld ausmacht, zu verschulden anerkennt, und dabei die Kirche als die Gläubigerin genannt ist, unter den oben dargelegten Umständen außer allem Zweifel ist: Daß das von Hillenbrand abgegebene Anerkenntniß seine Schuld an die Schulstiftung zum Gegenstande hatte, deren Zinsen er auch an die letztere zu bezahlen fortfuhr, und daß in dem Acte bei diesem Debenten aus der Zahl von 21 Personen, von denen der eine der Kirche, der andere der Schule oder den Armen verschuldete, nur eine Verwechselung in der Bezeichnung des Gläubigers untergelaufen ist, und die für die Kirche dagegen geltend gemachte Ausflucht, es sei immerhin möglich, daß Hillenbrand außerdem auch der Kirche dieselbe Summe aus irgend einem andern unbekannten Grunde verschuldet habe und habe anerkennen wollen, kein Gehör finden kann;

Daß, nachdem die Forderung dem Hillenbrand gegenüber nur in der gedachten Weise durch Anerkenntniß aufrecht erhalten und mit Hypothek versehen worden ist, es eine Rechtsverletzung darstellt, wenn die Kirche mittelst Benutzung jenes Irthums die Forderung zum Nachtheil der Schulverwaltung zu eigen behält, und sich Kapital und Zinsen davon zueignet;

J. E., daß dem materiellen Recht der Appellantin die Einrede der Litispendenz oder der res judicata nicht entgegensteht, welche für die Kirche aus dem bei dem Friedensgericht zu Kerpen zwischen ihr, Hillenbrand und der Schule als Intervenientin geführten Prozesse hergeleitet wird, und von dem Richter erster Instanz als begründet angenommen worden ist;

Daß es sich in dem Rechtsstreit beim Friedensgericht um die Opposition des Hillenbrand gegen den Zahlungs-Befehl handelte, durch welchen die Kirche zu Balkhausen nur einen Betrag von 6 Thlr. 21 Sgr. 6 Pfg. als Rückstand von Zinsen der fraglichen Schuld aus den letzten Jahren von Hillenbrand gefordert hatte, und von der Appellantin, an welche Hillenbrand die Zinsen gezahlt hatte, und welche einer Rückforderung des Hillenbrand ausgesetzt war, nur intervenirt wurde, um Hillenbrand in seiner Opposition gegen den Zahlungs-Befehl der Kirche zu unterstützen;

Digitized by Google

Daß es ferner eine unrichtige Auffassung des ersten Richters ist, wenn er auf den Umstand entscheidendes Gewicht legt, daß die Appellantin in jenem Prozeß direkte Anträge gegen die Kirche genommen habe, während diese Anträge nur in Anschluß an die Opposition des Hillenbrand auf Zurückweisung der gegen ihn erhobenen Zinsenforderung der Kirche gerichtet waren, keineswegs aber, wie in dem gegenwärtigen Rechtsstreit der Kirche gegenüber dahin gestellt wurden, daß die Berechtigung zu der fraglichen Forderung an Kapital und Zinsen der Appellantin durch das Urtheil zugesprochen werde;

Daß diesemnach, wenn auch das Anrecht zur fraglichen Forderung von dem Friedensrichter behufs Begründung seines Erkenntnisses über die Einrede des Hillenbrand in Beurtheilung gezogen wurde, gleichwohl weder der Gegenstand jenes Prozesses, noch die Anträge, auf welche der Friedensrichter erkannt hat, identisch sind mit dem Gegenstand des gegenwärtigen Prozesses;

J. E., daß auch der fernere Grund, aus welchem der erste Richter den Anspruch der Appellantin zurückgewiesen hat, daß nämlich die Klage sich wesentlich als eine Schadensklage qualifizire, und die Thatsache des angeblich irthümlichen Schuldbekenntnisses oder die Erwirkung des friedensrichterlichen Urtheils kein der Kirche zu Balkhausen zu imputirendes Faktum darstelle, unhaltbar ist, indem die Klage der Appellantin nach ihrem ausdrücklichen Wortlaut wesentlich und zunächst darauf gerichtet ist, daß sie ausschließlich zu der fraglichen Forderung berechtigt erklärt werde, und nur als Folgerung daraus eine Ersatzforderung daran angeschlossen wird, die Rechtsverletzung aber, welche die Appellantin in dieser Weise durch den Richter aufgehoben wissen will, nicht in einem schuldbaren Delict der Kirche, sondern darin besteht, daß dieselbe fortdauernd und noch gegenwärtig der Appellantin die ihr rechtmäßig zustehende Forderung vorenthält;

J. E., daß nun in der letzteren Beziehung zwar anerkannt werden muß, daß an sich und unter einfachen Verhältnissen ein Schuldtitel nur zwischen den in demselben als Gläubiger und Schuldner bezeichneten Personen einen obligatorischen Nexus dokumentirt, und durch diesen Nexus eine

Digitized by Google

andere Person, wenn sie auch der wirkliche Gläubiger sein sollte, nicht berührt wird, da ihre Forderung unabhängig von jenem Titel und von jener Obligation besteht und geltend gemacht werden kann;

Daß gleichwohl diese allgemeinen Principien zur Anwendung auf den besonderen Sachverhalt des vorliegenden Falls nicht ausreichend sind und auf denselben nicht passen, indem in Folge der Verwechselung in der Person des Gläubigers, welche bei dem in Mitwirkung des Mitglieds des Kirchenvorstandes zu Gunsten der Kirche, der Armen oder der Schule zu Balkhausen veranlaßten Anerkenntnisse stattgefunden hat, die Anerkennung der Forderungen von Seiten des Hillenbrand zu Gunsten der Schule, welche ohne jene Verwechselung erfolgt sein würde, unterblieb, die Forderung und die Hypothek auf den Namen der Kirche an deren Stelle gesetzt und acceptirt wurde, und der wirkliche Gläubiger die Schule eben dadurch außer Stande gesetzt ist, einen Titel gegen Hillenbrand und die Forderung gegen denselben geltend zu machen;

Daß in einem solchen Falle zur Herstellung des materiellen Rechts der Anspruch volle Rechtfertigung findet, daß der wirkliche Gläubiger als zur Forderung berechtigt anerkannt, der Mißgriff, welcher bei der im Act zu Gunsten der genannten drei Gläubiger gemeinschaftlich geschehenen Gestion vorgenommen wurde, wieder aufgehoben, das in dem irthümlich beurkundeten obligatorischen Nexus beruhende Hinderniß für die Schule hinweggeräumt, und dieser die Obligation ihrem vermögens-rechtlichen Bestande nach ersetzt und zugewiesen werde;

J. E., daß dieser Anspruch auf Restitution durch den für die Apellantin gestellten Antrag, die Kirche für verpflichtet zu erklären, den durch Geltendmachung der Forderung und die Einziehung von Zinsen der Appellantin entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen, nicht richtig ausgedrückt wird, und in diesen Ausdrücken von nicht hinreichend übersehbarer Tragweite um so weniger zuzuerkennen ist, als dabei dem rechtlichen Sachverhalt und dem Sinne der Appellantin entgegen ein doppeltes obligatorisches Verhältniß formell fortwährend bestehen bliebe;

Digitized by Google

Daß die der Berechtigung der Appellantin und dem Sinne ihres Antrags entsprechende Ersatzpflicht darin besteht, daß die Kirche das mit Unrecht besessene Vermögens-Objekt, die Obligation selbst, behufs der künftigen Ermöglichung ihrer Geltendmachung an Kapital und Zinsen der dazu berechtigten Person auch formell übermittele und übereigne, also durch Notarial-Act cedire, und die Zinsen herauszahle, welche sie unberechtigt von Hillenbrand eingezogen hat;

Aus diesen Gründen

reformirt der Appell.-Ger.-Hof das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln vom 9. Mai 1864 in den Entscheidungen, welche die Forderung gegen Hillenbrand betreffen, erkennt statt dessen zum dritten Klagepunkt, daß zu der Forderung von 26 Thlr. 27 Sgr. 2 Pf. gegen Bernard Hillenbrand gegenwärtig dessen Erben, welche dieser in dem Act vor Notar Krahe vom 29. September 1831 anerkannt hat, und wofür eine Hypothek zum Vortheil der Kirche eingetragen ist, die appellantische Schule ausschließlich berechtigt ist, verurtheilt die Appellatin innerhalb 3 Wochen nach Zustellung dieses Urtheils diese Forderung gegen Hillenbrand jetzt dessen Erben der Appellantin als Repräsentantin der Schule zu Balkhausen nebst den rückständigen Zinsen durch Notarial-Act auf Kosten der appellatischen Kirche zu cediren, widrigenfalls nach Ablauf dieser Frist statt dessen der Appellantin in der gedachten Eigenschaft den Betrag jener Forderung mit 26 Thlr. 27 Sgr. 2 Pfg. nebst den Zinsen zu 5% jährlich seit dem Tage bis zu welchem Hillenbrand oder dessen Erben die Zinsen entrichtet haben, bis zum Zahlungstage zu bezahlen, verurtheilt die Appellatin ferner die Zinsen, welche sie von der gedachten Forderung empfangen hat, der Appellantin für die Schule herauszuzahlen; verurtheilt die appellatische Kirche in die Kosten beider Instanzen.

III. Senat. Sitzung vom 17. October 1866.

Advokaten: Nacken — Widenmann.

Digitized by Google

Vorwegnahme. — Liegenschaft. — Veräußerung. Errungenschafts-Gemeinschaft.

Sind während einer Errungenschafts-Gemeinschaft Liegenschaften, welche zum Sondergut des Ehemannes gehörten, veräußert und der Kaufpreis von Letzterm eingezogen worden, so steht demselben bei Auflösung der Gemeinschaft die Vorwegnahme dieses Kaufpreises aus der Errungenschaft zu, ohne daß es Seitens des Ehemannes, des Nachweises bedarf, daß der Erlös in die Gemeinschaft verwendet worden ist.

Nießen — Schmitz.

Gertrud Schlösser stand in erster Ehe mit Wilhelm Nießen. Nach Erzeugung mehrerer Kinder wurde dieselbe durch den Tod des Nießen aufgelöst. Gertrud Schlösser schritt darauf zur zweiten Ehe mit Bernhard Schmitz und verstarb demnächst, indem sie auch aus dieser Ehe eine minderjährige Tochter hinterließ. Durch einen mit dem zweiten Ehemanne abgeschlossenen Heiraths-Vertrag war die Gütergemeinschaft auf die Errungenschaft beschränkt worden. In dem behufs Auseinandersetzung der beiden Gütergemeinschaften und Theilung des Nachlasses der Gertrud Schlösser beim Königl. Landgericht zu Aachen eingeleiteten Theilungsverfahren entstand außer mehreren anderen Contestationen die folgende. Bernhard Schmitz erhob gegen die Gütergemeinschaft zweiter Ehe einen Ersatz-Anspruch von 2178 Thlr. 15 Sgr. wegen seines nach seiner Behauptung während derselben veräußerten und bezahlten Sonderguts. Die Kinder erster Ehe bestritten diesen Anspruch. Zur Begründung desselben producirte Schmitz mehrere Kaufverträge, wonach während der Ehe ihm zugehörige Immobilien bis zum Betrage der obengedachten Kaufpreise verkauft worden und in denen er zugleich über den Empfang der Letzteren bis zur Summe von 1025 Thlr. 15 Sgr. quittirt hatte, und erbot zugleich den Beweis durch Zeugen, daß während der Ehe auch der Ueberrest der Kaufpreise bis zur Höhe des von ihm erhobenen Ersatzanspruchs, an ihn bezahlt worden sei. Die Kinder erster Ehe machten hiergegen geltend, daß die beigebrachten und erbotenen Beweise zur Begründung jenes Anspruchs nicht ausreichten,

Digitized by Google

Schmitz vielmehr den Beweis zu führen habe, daß die an ihn gezahlten Kaufpreise in die Gütergemeinschaft geflossen, d. h. zu deren Vortheil verwandt worden seien. Das Landgericht erkannte dem Schmitz seinen Anspruch bis zu dem in den Kaufverträgen quittirten Betrage von 1025 Thlr. 15 Sgr. zu und hielt betreff des Mehrbetrags den von ihm erbotenen Zeugenbeweis für erheblich, ließ ihn demnach auch zu diesem zu. Die gegen diese Entscheidung von den Kindern erster Ehe ergriffene Berufung verwarf der Appell.-Ger.-Hof durch folgendes

Urtheil:

In E., daß der Art. 1433 des B.-G.-B. in dem Falle, daß ein Sondergut eines Ehegatten verkauft ist, das Recht des Ehegatten, den Kaufpreis, wenn er nicht wieder angelegt ist, aus der Gütergemeinschaft im Voraus zu beziehen, nicht von einer Verwendung des Kaufpreises zum Vortheil der Gütergemeinschaft, sondern allein davon abhängig macht, daß der Kaufpreis in die Gütergemeinschaft geflossen sei;

Daß Letzteres schon dann anzunehmen ist, wenn der Kaufpreis von dem Ehemanne erhoben ist, und zwar ohne daß es einen Unterschied begründet, ob es sich von dem Kaufpreis eines Sonderguts des Ehemannes oder der Ehefrau handelt;

Daß es nämlich in der rechtlichen Natur der ehelichen Gütergemeinschaft und in dem dem Ehemanne darüber zustehenden ausschließlichen Verfügungsrechte begründet ist, daß alle von dem Ehemanne erhobenen Gelder als für die Gütergemeinschaft erhoben betrachtet werden, und zwar ohne daß es hinsichtlich der für die Gütergemeinschaft daraus entstehenden Verpflichtung darauf ankommt, welche Verwendung dieselben demnächst von Seiten des Ehemannes gefunden haben;

Daß dieselben Grundsätze auch dann Anwendung finden, wenn die Gütergemeinschaft, wie in dem vorliegenden Falle auf die Errungenschaft beschränkt ist, indem in diesem Falle die Errungenschafts-Gemeinschaft in gleicher Weise, wie bei der gesetzlichen Gütergemeinschaft durch die Handlungen des Ehemannes berechtigt und verpflichtet wird, und folglich auch der von dem Ehemanne erhobene Kaufpreis eines Sonderguts durch die Thatsache der Erhebung allein der Gemein-

Digitized by Google

schaft zufließt, und deren Ersatz aus derselben im Voraus verlangt werden kann;

Daß hiernach Appellanten dadurch, daß der erste Richter das Recht des Appellaten den Kaufpreis seines Sonderguts im Voraus aus der Errungenschaft zu verlangen, von der während des Bestehens der Ehe Statt gefundenen Erhebung des Kaufpreises allein abhängig gemacht hat, nicht für beschwert zu erachten sind;

I. Senat. Sitzung vom 4. April 1866.

Advokaten: Herbertz — Wallraf.

Testament. — Revocation.

Ein Testament kann durch jeden späteren Act widerrufen und aufgehoben werden, der nur die **Form** eines Testamentes hat, es ist nicht nöthig, daß der revocatorische Act auch **materiell** Dispositionen über den Nachlaß darstellt.

Art. 1035 B.-G.-B.

Schuyren — Tasch.

Lambert Schuyren hatte durch ein notarielles Testament vom 24. Mai 1860 eine gewisse Allegonda Tasch zur Universalerbin eingesetzt. Nach seinem, Ende 1863 erfolgten Tode klagte die Allegonda Tasch gegen seine Intestaterben, nämlich seine Geschwister auf Ausantwortung des Nachlasses. Die Geschwister Schuyren stützten sich jedoch auf ein eigenhändiges ganz vom Erblasser unterschriebenes Scriptum lautend also:

„Das Testament, welches ich zu Gunsten der Allegonda Tasch vor dem Notar Warlimont zu Geldern gemacht, widerrufe ich hiermit."

Schaephnisen, den 5. März 1863.

Lambert Schuyren.

Das Landgericht zu Cleve nahm an, daß der Art. 1035 B.-G.-B. für die Gültigkeit des Widerrufs entweder eine Erklärung vor Notar oder ein förmliches holographisches Testament mit materiellen letztwilligen Dispositionen verlange und erkannte der Klage gemäß. Gegen dieses Urtheil appellirten die Geschwister Schuyren und ihr Anwalt suchte aus

Digitized by Google

der legislatorischen Entstehungsgeschichte des Art. 1035 nachzuweisen, daß im Sinne des Gesetzgebers zur Revocation jedes holographische Scriptum genüge, welches nur den Widerruf enthalte und in den für ein holographisches Testament vorgeschriebenen Formen abgefaßt sei, daß aber ausdrückliche anderweitige letztwillige Dispositionen nicht erforderlich seien. Er bezog sich dabei auf Toullier Band V. Nro. 633, Gilbert ad art 1035 Nro. 13, Troplong tit. 4 Nro. 205 und Rh. Archiv Band 35, 1. 229. eventuell glaubte er, daß die simple Revocation, wenn auch nicht dem Wortlaut, so doch dem Effekt nach, eine wirkliche Disposition über den Nachlaß enthalte, indem nach erfolgter testamentarischer Disposition zu Gunsten eines Dritten ein besonderer Willensact des Testators erforderlich sei, um die testamentarisch ausgeschlossenen Intestaterben, doch von Neuem wieder zu berufen. Es kam auch die dem entgegenstehende Ausführung bei Marcadé ad art. 1035 II. Nro. 169 zur Besprechung.

Der Hof erkannte indessen in folgender Weise:

I. E., daß nach Art. 1035 B.-G.-B. jedes Testament durch ein späteres Testament oder eine notarielle Urkunde, welche eine Erklärung der Willensänderung enthält, widerrufen werden kann, daß aus den Discussionen über das B.-G.-B. hervorgeht, daß die ursprüngliche Fassung des Artikels dahin ging, «que les testamens ne pourront être revoqués en tout ou en partie, que par une déclaration de changement de volonté dans l'une des formes requises pour les testamens» und daß nur auf die Bemerkung eines der berathenden Mitglieder »qu'il devoit suffire d'une declaration par — devant notaires» die gegenwärtige Fassung des betr. Artikels beliebt wurde, daß daher die Worte des Art. 1035 «par un testament postérieur» gleichlautend mit dem ursprünglichen Entwurfe und der zweite Satz «ou par un acte devant notaire» als Zusatz in Folge jener Bemerkung anzusehen ist, mithin schon hieraus erhellt, daß es zum Widerrufe eines Testaments genüge, daß solcher in einer notariellen Urkunde oder in den Formen eines Testaments geschehen sei, selbst wenn in letzterem Falle eine weitere Verfügung nicht getroffen sein sollte u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 30. Juni 1866.

Advokaten: Bessel — Lautz.

Digitized by Google

Disponible Quote. — Legitimation durch Justiz-Ministerial-Rescript.

Hat ein parens, der mindestens drei eheliche Kinder hinterläßt, gemäß Art. 1094 zu Gunsten seines Ehegatten über den **Nießbrauch** verfügt, so erscheint seine Dispositionsfähigkeit über das **nackte Eigenthum** zum Vortheile eines Dritten nach Art. 913 nicht geschmälert, und macht es keinen Unterschied, welche von beiden Verfügungen der Zeit nach die frühere.

Gegen ein **vor der Ehe** bereits anerkanntes, **während der Ehe** aber erst per rescriptum **legitimirtes** natürliches Kind kann der Art. 337 des B.-G.-B. **nicht** angerufen werden.

Schlangen — Schlangen.

Bei der Theilung des Nachlasses von Simon Schlangen der von seiner Wittwe, 5 ehelichen Kindern und einem anerkannten, natürlichen Sohne aus früherer Verbindung mit einer verstorbenen Braut überlebt wurde, kamen folgende Verfügungen zur Sprache:

Gemäß Ehevertrag hatten sich die künftigen Ehegatten wechselseitig auf den Todesfall geschenkt

„für den Fall, daß Kinder von ihnen am Leben sind, die lebenslängliche Nutznießung am ganzen Vermögen resp. an dem Theile des Vermögens, worüber sie in solchem Falle nutznießlich zu verfügen berechtigt sind."

Durch späteres Testament vermachte der Erblasser dem auf sein Ersuchen durch Ministerial-Rescript legitimirten Sohne außer dem kraft Gesetzes zu erhaltenden Antheile ein Viertel des Nachlasses zum Voraus. Der natürliche Sohn war nämlich vor Abschluß der Ehe anerkannt, jedoch erst während derselben durch Rescript mit der Wirkung legitimirt worden, daß ihm das Verbot des Art. 908 des B.-G.-B. hinsichtlich der Zuwendungen über den Betrag seiner gesetzlichen Erbportion hinaus nicht entgegenstehen sollte.

Die Wittwe und ehelichen Kinder des S. hielten das Testament für wirkungslos, weil der Erblasser vorher in

Digitized by Google

unwiderruflicher Weise schon über die disponible Quote verfügt gehabt und wollten den anerkannten Sohn nur zu dem Anspruche des Art. 757 B.-G.-B. verstattet wissen, während dessen Hauptvormund außerdem für seinen Mündel ¼ des Nachlasses dem nackten Eigenthume nach begehrte.

Das Landgericht erklärte sich zu Gunsten der Wittwe und Kinder, indem es erwog:

Daß die Anträge, welche der beklagte Hauptvormund auf Grund des Testaments vom 5. Juni 1857, betreffend die Quotenbildung bei Theilung des Nachlasses von S. gestellt hat, nicht gerechtfertigt sind, da S. bereits durch Ehevertrag vom 20. Juni 1855 seiner Ehefrau, der Klägerin, bei bedungener gesetzlicher Gütergemeinschaft die lebenslängliche Nutznießung an dem verfügbaren Vermögenstheile vermacht hatte; daß der sonach vermachte Nießbrauch gemäß Art. 1094 B.-G.-B. die Hälfte des Nachlasses umfaßt und ein solcher nach Analogie der Art. 14 u. 15 des Enregistrements-Gesetzes vom 22. Frimaire Jahres VII. einem ¼ Eigenthum gleichzustellen ist, hiermit die Höhe der nach den vorliegenden factischen Verhältnissen eintretenden disponiblen Quote des Art. 913 B.-G.-B. erreicht war, daher das in dem fraglichen Testamente ausgesetzte Vermächtniß als nicht geschrieben zu betrachten und die Quoten dem klägerischen Antrage gemäß zu bestimmen sind.

Auf die Berufung des Hauptvormundes erkannte der Hof jedoch reformatorisch, wie folgt:

J. E., daß wenn auch die Legitimation des Appellanten erst am 26. Juli 1855, also während der am 28. Juni d. J. von seinem Vater Simon Schlangen mit der Anna Maria Steins abgeschlossenen Ehe Statt gefunden hat, doch die ihr in dem bezüglichen Patente beigelegte Wirkung, daß dem Legitimirten das Verbot des Art. 908 B.-G.-B. hinsichtlich der Zuwendungen über den Betrag seiner gesetzlichen Erbportion nicht entgegen stehen solle, auch der gedachten Ehegattin und den aus der Ehe entsprossenen Kindern gegenüber eingetreten ist;

Daß die Bestimmung des Art. 337 B.-G.-B. im vorliegenden Falle keine Anwendung findet, da es sich hier nicht von den Rechten, welche Appellant durch die übrigens

Digitized by Google

bereits vor Eingehung der gedachten Ehe am 20. Juni 1855, Seitens des obengenannten Schlangen erfolgte Anerkennung als dessen natürlicher Sohn erlangt hatte, handelt, sondern lediglich die ihm durch die Legitimation zu Theil gewordene Erweiterung seiner Erwerbsfähigkeit in Beziehung auf freigebige Verfügungen seines Vaters in Frage ist;

Daß auch zwischen diesen beiden Arten von Rechten eine Analogie nicht besteht, da die erstere lediglich die Folge der Anerkennung, die letztere aber die Folge eines Actes der Landeshoheit ist;

Daß aber die Allerh. Cabinets-Ordre vom 6. November 1827, auf welcher die in Rede stehende Legitimation beruht, eben so wenig als das vorliegende Legitimations-Patent betreff der Wirkungen der Legitimation eine ähnliche Einschränkung, wie die in dem citirten Artikel betreff der Wirkungen der Anerkennung aufgestellte, enthalten;

I. E., zu der Frage, ob die Thatsache, daß Simon Schlangen bereits durch den Ehevertrag vom 20. Juni 1855 seiner Ehefrau die Nutznießung an der Hälfte seines Vermögens geschenkt hatte, dem Antrage des Appellanten, ihm auf Grund des Testamentes desselben vom 5. Juni 1857, wodurch dieser ihm außer der gesetzlichen Erbportion ein Viertel seines Nachlasses im Voraus vermacht hat, das nackte Eigenthum an diesem Viertel zuzuerkennen, entgegensteht, — daß Art. 1094 B.-G.-G. die im Art. 913 ebendaselbst festgesetzte disponible Quote in der Art erweitert, daß der eine Ehegatte dem andern ohne Rücksicht auf die Zahl der aus der Ehe vorhandenen Kinder ein Viertel seines Vermögens zum vollen Eigenthum und ein Viertel zur Nutznießung oder bloß die Nutznießung an der Hälfte seines Vermögens zuwenden kann;

Daß es auch im Allgemeinen keinem Zweifel unterliegen kann und in der That von allen Seiten anerkannt ist, daß der Ehegatte von dieser erweiterten Dispositions-Befugniß in der Weise Gebrauch machen kann, daß er den einen Theil dieser erhöhten disponiblen Quote seinem Ehegatten, den andern aber einem Dritten zuwendet;

Daß indessen eine durch gewichtige Autoritäten vertretene Ansicht dies nur als dann für zulässig hält, wenn beiderlei

Digitized by Google

Zuwendung gleichzeitig geschehen oder wenn zuerst ein Theil der disponiblen Quote des Art. 1094 einem Dritten und nachher dem Ehegatten der Rest derselben zugewandt wird, wogegen sie es für unstatthaft erklärt, daß der disponirende Ehegatte, nachdem er zuerst zu Gunsten des anderen Ehegatten über einen den Betrag der ordinären disponiblen Quote des Art. 913 erreichenden Theil seines Vermögens verfügt hat, nachher noch zu Gunsten eines Dritten über die Differenz zwischen dieser und der disponiblen Quote des Art. 1094 verfüge;

Daß in Wirklichkeit aber zwischen den beiden ersten und dem letzten Falle ein Unterschied nicht besteht, und der zufällige Umstand, wie sich die verschiedenen Verfügungen in Beziehung auf die Zeitfolge zu einander verhalten, am Wesen der Sache nichts ändert;

Daß sobald die Frage nach der Höhe der disponiblen Quote mit Rücksicht auf eine konkurrirende Verfügung zu Gunsten des Ehegatten zu beantworten ist, in Beziehung auf die Dispositions-Befugniß des Schenkgebers oder Testators nur von Einer disponiblen Quote, jener des Art. 1094 die Rede sein kann, und alsdann die disponible Quote des Art. 913 nur noch in so fern in Betracht kömmt, als sich darnach die Fähigkeit Dritter zur Empfangnahme von Liberalitäten bemißt;

Daß es für die entgegengesetzte Ansicht, daß der Umfang der Dispositions-Befugniß des Ehegatten von dem zufälligen Umstande, in welcher Zeitfolge er die verschiedenen Verfügungen zu Gunsten des anderen Ehegatten und zu Gunsten Dritter treffe, abhängig zu machen sei, an jedem haltbaren Grunde fehlt;

Daß hauptsächlich als Grund für dieselbe angeführt wird, daß wenn man in dem Falle, wenn durch eine Verfügung zu Gunsten des Ehegatten die disponible Quote des Art. 913 erschöpft sei, später noch eine Verfügung zu Gunsten eines Dritten über die Differenz zwischen dieser und der größeren disponiblen Quote des Art. 1094 gestatte, die nur zu Gunsten des Ehegatten durch den letzteren angeordnete Erweiterung der disponibeln Quote dem Dritten zu gute komme;

Digitized by Google

Daß dieses Argument, welches übrigens eben so gut auf den Fall passen würde, wenn die beiden Verfügungen gleichzeitig Statt gefunden haben, indessen auf der falschen Anschauung beruht, daß das dem Ehegatten Zugewandte zunächst auf denjenigen Vermögenstheil, dessen Zuwendung an einen Dritten Art. 913 gestattet, zu imputiren sei;

Daß ein solches Verfahren jedoch ganz willkürlich und unzulässig ist, da alle zu Gunsten des anderen Ehegatten getroffenen Verfügungen von vorne herein, sei es für sich allein, sei es in Verbindung mit anderen Verfügungen nach den besonderen betreff derselben durch Art. 1094 aufgestellten Regeln zu beurtheilen sind, bei dieser Beurtheilung daher niemals von der Person, zu deren Gunsten sie getroffen worden, abgesehen und sie nie so betrachtet werden dürfen, als wenn sie zu Gunsten Dritter geschehen wären;

J. E., daß hiernach Simon Schlangen, da seine Ehefrau nach dem Ehevertrage nur auf die Nutznießung an der Hälfte seines Vermögens Anspruch zu machen hatte, über den in einem Viertel nackten Eigenthums bestehenden Rest der disponiblen Quote des Art. 1094 zu Gunsten eines Dritten gültig verfügen konnte und der Anspruch des Appellanten auf dieses Viertel demnach in der oben bezogenen letztwilligen Verfügung des Erblassers seine Begründung findet;

Daß das Urtheil erster Instanz daher der Reformation unterliegt und nach dem Antrage des Appellanten, in welchem die den einzelnen Betheiligten zufallenden Quoten den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend berechnet sind, zu erkennen ist;

Aus diesen Gründen

verordnet der Appell.-Ger.-Hof unter Reformation des Urtheils des Landgerichts zu Düsseldorf vom 20. Januar d. J. die Theilung des Nachlasses von Simon Schlangen in der Art, daß die Appellatin Anna Maria Steins an der einen Hälfte desselben die lebenslängliche Nutznießung, jeder der übrigen fünf Appellaten $^{17}/_{180}$ zum vollen und $^{17}/_{360}$ zum nackten Eigenthum, endlich der Appellant $^{5}/_{180}$ zum vollen und $^{95}/_{360}$ zum nackten Eigenthum erhält und legt den Appellaten die Kosten dieser Instanz zur Last.

I. Senat. Sitzung vom 23. Oktober 1866.

Advokaten: Franken — Herbertz.

Digitized by Google

Vorbehaltserbe. — Anspruch auf die Nachlaßobjecte in natura.

Der Vorbehaltserbe ist berechtigt seinen Vorbehalt in Gegenständen des Nachlasses nicht aber in solchen Nachlaß-Gegenständen zu verlangen, welche von derselben Beschaffenheit sind, wie diejenigen, worüber der Erblasser, sei es im Wege der Schenkung oder des Legats verfügt hat.

Rübenstrunk — Schmitz.

Durch zwei gleichlautende Testamente vom 26. Oktober 1846 vermachten die Eheleute Friedrich Wilh. Rübenstrunk nnd Maria Cath. Deus unter näherer Angabe ihrer eigenen Betheiligung ihren Immobilar-Nachlaß, mit Ausnahme einiger speciell genannter Grundstücke ihren 3 Kindern Friedrich Wilhelm, Johanna Friedericka und Rosina Christina (den gegenwärtigen Klägern) gegen die Taxe von 4000 Thlr.; dasjenige Kind, welches mit dieser Verfügung nicht einverstanden sei, solle auf den Pflichttheil gesetzt sein. Nachdem in einem spätern Testamente die Wittwe Rübenstrunk einen Theil der Mobilien den oben erwähnten 3 Kindern und zwei andern Regina und Henriette Caroline, Ehefrauen von Robert und Gerhard vom Hofe zum Voraus vermacht und nur das 6. Kind Ehefrau Schmitz ausgeschlossen, wiederholt dieselbe in einem Testamente vom 15. Februar 1864, daß dasjenige Kind welches das Testament vom 26. Oktober 1846 anfechte auf den Pflichttheil gesetzt sein und das ihm Entzogene den 3 Klägern zuwachsen solle; möchte in der Bestimmung des Uebernahmpreises ein Vortheil liegen, so solle dieser vor allen übrigen Legaten zur Ausführung kommen und der verfügbare Theil des Vermögens den Klägern vermacht sein. Nach dem Tode beider Eltern klagten die drei Hauptbegünstigten gegen die drei andern Geschwister auf Theilung nach Maßgabe der Testamente. Die Ehefrau Schmitz bestritt die Zulässigkeit der testamentarischen Bestimmung weil jeder Erbe seinen Antheil in natura fordern könne, behauptete daß die vermachten Grundstücke einen höhern Werth als die Taxe besäßen; die Kläger verlangten, daß die Frau Schmitz auf den Pflichttheil gesetzt werde wogegen diese sodann artikulirte, daß hierdurch alle übrigen testamentarischen Dispositionen

Digitized by Google

in Wegfall kämen, Kläger behaupteten ferner es liege eine Theilung der Eltern unter ihre Kinder vor und die ihnen vermachten Grundstücke seien untheilbar.

Das Landgericht zu Elberfeld ging von der Ansicht aus, daß es sich hier nicht um eine Theilung der Eltern unter ihre Kinder handle, daß aber nach Inhalt der Testamente die Absicht der Erblasser nicht die gewesen sei, den drei Klägern außer dem verfügbaren Theil auch noch den Naturalbesitz der Immobilien zuzuwenden, sondern daß diese letztere Verfügung cessire, sobald die Reduction der Eheleute Schmitz auf den Pflichttheil erfolge, außerdem könne aber auch der Vorbehaltserbe, soweit es sich von der Erlangung des Vorbehalts handle, seinen Antheil ebenfalls in Immobilien verlangen.

Der Hof erlies auf die Berufung der Kläger, welcher sich die zwei nächst bevorzugten Geschwister insofern anschlossen als sie mit der Ueberweisung ihres Antheils in Geld nach der Testaments-Taxe sich einverstanden erklärten folgendes

Urtheil:

In E., daß die Appellanten sich über das Urtheil des Landgerichtes vom 18. Oktober 1864 in so weit beschweren, als dasselbe diejenigen Immobilien, welche durch die Testamente der Erblasser vom 20. Oktober 1846 und wiederholt durch das Testament der Mutter vom 15. Februar 1864 den Appellanten sub. 1, 2 und 3 gegen eine Herausgabe an die Nachlassenschaften im Betrag von 300 und 3700 Thlr. vermacht worden sind,, nicht diesen Appellanten allein und ausschließlich zugewiesen, sondern als solche Bestandtheile der Nachlassenschaften angenommen hat, welche unter die 6 Erben nach ihren Erbquoten zu theilen seien;

In E., daß hinsichtlich dieser Entscheidung dem ersten Richter darin nur beigetreten werden kann, daß er die angeführten testamentarischen Verfügungen nicht, wie die Appellanten wollen, als Theilungen der Eltern unter die Kinder, sondern als eigentliche Vermächtnisse an die 3 ersten Appellanten aufgefaßt hat, da diese Verfügungen sowohl nach der Fassung als nach dem Inhalte und Gegenstande derselben die Absicht der Testatoren, eine Theilung vorzunehmen, nicht entfernt erkennen läßt;

Digitized by Google

Daß dagegen dem ersten Richter nicht beigetreten werden kann, wenn er die fraglichen Testamente dahin verstanden und ausgelegt hat, als sollten dadurch nach der Absicht der Testatoren die fraglichen Immobilien nur für den Fall den 3 ersten Appellanten allein zugewendet werden, daß diese Verfügungen von einem der übrigen Intestaterben nicht angegriffen werden würden, wohingegen für den vorliegend seitens der Appellaten herbeigeführten Fall des Angriffs die dann ausgesprochene Herabsetzung des Angreifenden auf die Vorbehalts-Quote und (nach dem Testamente der Mutter) die Zuwendung des dem Angreifenden entzogenen Antheils an die 3 ersten Appellanten an die Stelle der ihnen im erstern Falle vermachten Immobilien treten solle;

Daß vielmehr die Testamente auf das unzweideutigste zu erkennen geben, daß es der entschiedene Wille der Testatoren war, die fraglichen Immobilien, soweit es in ihrer rechtlichen Macht lag, unbedingt und auf alle Fälle den instituirten 3 Appellanten allein zuzuwenden und die für den Fall des Angriffs ihrer Verfügung ausgesprochene theilweise Enterbung nur eine größere Sicherung für die Erreichung dieser ihrer speciellen Absicht darbieten sollte;

Daß daher, und da es an sich nichts Widersprechendes hat, vielmehr sehr wohl vereinbarlich ist, zugleich mit der Herabsetzung eines Erben auf den Vorbehalt auch die Zuwendung einzelner Erbschaftssachen an bestimmte andere Erben zu wollen, nach der absoluten Fassung der Willenserklärung der Testatoren vorliegend auch nur angenommen werden kann, daß die Testatoren eventuell beides zusammen gewollt haben;

J. E., daß daher nur zu untersuchen bleibt, in wie fern diesem Willen der Testatoren gesetzliche Wirksamkeit beiwohnt, und insbesondere, ob wie der erste Richter als zweiten Grund für die Beseitigung des Partikular-Vermächtnisses annimmt, die Herabsetzung eines der Erben auf den Vorbehalt dem Testator das Recht nimmt, andern Personen, seien es Fremde oder ebenfalls Vorbehaltserben, bestimmte Grundstücke aus dem Nachlaß entweder frei oder gegen Taxe zu vermachen;

Daß in dieser Beziehung aus dem Gesammtinhalt der gesetzlichen Bestimmungen über den durch Schenkungen und Vermächtnisse verfügbaren Theil und insbesondere daraus, daß abgesehen von sehr speciellen und genau umgränzten

Digitized by Google

Ausnahmen (Art. 866, 924 und 930 des B.-G.-B.) die Reduction der den verfügbaren Theil überschreitenden Schenkungen und Vermächtnisse unbedingt und trotz entgegengesetzter Anordnung des Erblassers, durch Herausgabe des entsprechenden Theiles der verschenkten oder vermachten Sache, namentlich der Grundstücke, in natura erfolgen muß, sich mit Nothwendigkeit ergibt, daß nach der Auffassung des B.-G.-B. ganz so wie nach den vor der Revolution geltenden französischen Rechten und Gewohnheiten, der Vorbehaltserbe seinen Vorbehalt aus Bestandtheilen des Nachlasses, d. h. aus Gegenständen, welche vom Erblasser selbst herrühren und als solche sich im Nachlaß befinden, zu verlangen berechtiget ist, und daß es dem Erblasser nicht zusteht, den Vorbehaltserben mit einer von dem instituirten Erben, Schenk- oder Vermächtnißnehmer aus dessen Vermögen zu entnehmenden, nach dem Geldwerthe der Vorbehalts-Quote zu bestimmenden Geldsumme abzufinden, vielmehr eine solche Abfindung in Geld nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen der Art. 866 und 930 eintreten darf, — wie denn insbesondere gemäß Art. 924 der Partikular- Schenk- oder Vermächtnißnehmer eines Grundstückes, sogar wenn er selbst zugleich Vorbehaltserbe ist, und ihm das Grundstück im Voraus zugewendet wird, denjenigen Theil des Grundstückes, welcher dem Werthe nach die disponible Quote übersteigt, nur dann auf seine Vorbehalts-Quote zurückbehalten darf, wenn der Nachlaß für die andern Vorbehaltserben Sachen gleicher Beschaffenheit, also Grundstücke im entsprechenden Umfange enthält, dagegen von der Herausgabe in natura sich nicht dadurch befreien kann, daß er den Werth des herauszugebenden Theiles des Grundstückes in Geld ersetzt;

I. E., daß aber andererseits diesem ersten Rechtssatze — der Berechtigung der Vorbehaltserben, ihren Vorbehalt in eigentlichen Erbschaftsstücken und nicht durch Geldaequivalente zu beziehen, — der andere, hiermit vollkommen vereinbare, fernere Rechtssatz zur Seite tritt und aus den gesetzlichen Bestimmungen über den verfügbaren Theil des Nachlasses des Erblassers nicht weniger unzweifelhaft hervorgeht, daß der Erblasser nicht blos im Allgemeinen dem Geldwerthe nach über eine gewisse ideelle Quote seines Vermögens, sondern auch über einzelne Bestandtheile, namentlich Immobilien seines Vermögens durch Partikular-Schenkung oder Partikular-

Digitized by Google

Vermächtniß zu Gunsten Dritter oder zu Gunsten von Vorbehaltserben als Voraus verfügen kann, und bei diesen Verfügungen nicht darauf Rücksicht zu nehmen hat, daß zur Deckung der Vorbehalts-Quoten eine entsprechende Menge ähnlicher Bestandtheile resp. Grundstücke im Nachlaß vorhanden sind, sondern nur darauf, daß überhaupt der Nachlaß an eigentlichen Erbschaftssachen, d. h. solchen Sachen, welche unmittelbar vom Erblasser herrühren, eine solche Anzahl enthält, daß dieselben, ihrem wahren Werthe nach, zur Deckung des Vorbehalts ausreichend sind, — mit anderen Worten, daß die Vorbehaltserben, dem Partikular-Legatar- oder Donatar gegenüber zwar ihren Vorbehalt in Erbschaftssachen, nicht aber in solchen Erbschaftssachen verlangen können, welche mit denen dem Partikular-Legatar oder Donatar zugewendeten Sachen von gleicher Beschaffenheit sind;

Daß nämlich für einen Anspruch des Vorbehaltserben auf Erbschaftssachen gleicher Beschaffenheit mit denen der Partikular-Schenkungen und Partikular-Legate nicht nur keine gesetzliche Bestimmung im geltenden Rechte und selbst keine Gewohnheit des alten Rechtes vorliegt, sondern vielmehr die vorhandenen Bestimmungen über die Reduction von Schenkungen und Legate einzelner Sachen, namentlich Grundstücken, mit einem Anspruche der Vorbehaltserben in diesem Umfange absolut unvereinbar sind;

Daß das B.-G.-B. die Vorbehaltserben im Falle der Verletzung ihres Vorbehalts auf den Weg der Minderungsklage verweis't, und indem es die Voraussetzungen dieser Klage genau bestimmt, nirgendwo verfügt, daß diese Minderung betreff eines geschenkten oder vermachten Grundstückes schon dann verlangt werden könne, wenn für die Vorbehaltserben nicht auch entsprechende Grundstücke im Nachlasse vorhanden seien;

Daß vielmehr der bereits bezogene Art. 924, indem er den Fall mit in's Auge nimmt, daß ein einzelnes Grundstück verschenkt worden sei, ohne daß für die Vorbehaltserben im Nachlasse Grundstücke zurückbleiben, dennoch die Minderung der Schenkung nur dann und nur insoweit eintreten läßt, wenn und insofern das verschenkte Grundstück, seinem wahren Geldwerthe nach, den Geldwerth des verfügbaren Theiles des ganzen Nachlasses incl. der durch liberale Verfügungen

Digitized by Google

des Erblassers veräußerten Vermögenstheile überschreitet, und ausdrücklich die Zurückbehaltung des Grundstückes, soweit es diese Quote nicht überschreitet, ganz unbedingt gestattet, ohne diese Zurückbehaltung von der Voraussetzung abhängig zu machen, daß der Nachlaß für die Quoten des Vorbehaltes eine entsprechende Menge von Grundstücken enthalte, vielmehr nur die Zurückbehaltung des andern, die disponible Quote überschreitenden Theiles des Grundstückes von dem Vorhandensein entsprechender Grundstücke im Nachlaß abhängig macht;

Daß die Annahme einer Berechtigung der Vorbehaltserben, nicht bloß Nachlaßstücke überhaupt, sondern Nachlaßstücke gleicher Beschaffenheit, wie die der verschenkten oder vermachten Vermögensstücke, auf den Vorbehalt zu erhalten, in unabweisbarer Consequenz zu der weitern Annahme führen müßte, daß der Inhaber eines Vermögens, soweit er Vorbehaltserben hat, im Wege freigebiger Verfügungen über einzelne Grundstücke, wenigstens wenn er deren nicht noch eine entsprechende Menge für die Vorbehaltserben zurückbehält, nicht mehr im Ganzen, sondern höchstens bezüglich eines der disponiblen Quote entsprechenden ideellen Antheiles verfügen könnte, im Uebrigen aber alle Schenkungen und Legate einzelner Sachen, auch wenn sie ihrem Werthe nach den disponiblen Theil nicht überschreiten und der Nachlaß für die Vorbehalte noch hinreichende Erbschaftsstücke behält, — sich dem Effecte nach von Rechtswegen in Schenkungen und Legate eines bloßen Geldwerthes verwandeln würden;

Daß aber diese Annahme in offenbarem Widerspruche mit den unzweideutigsten Bestimmungen über die Voraussetzung der Reduction wegen Ueberschreitung der disponiblen Quote stehen würde; insbesondere im Widerspruch mit der Bestimmung, wonach die Reduction in natura nur insoweit verlangt wird, als nöthig, um dem Nachlasse eine zur Deckung der Vorbehalte hinreichende Menge eigentlicher Erbschaftssachen überhaupt, nicht aber um ihm Erbschaftssachen einer bestimmten Beschaffenheit zuzufügen; — im Widerspruch ferner mit der Bestimmung, wonach der Testator verfügen kann, daß ein Legat, — ohne Rücksicht auf den Gegenstand desselben, — erst nach allen andern Legaten zur Ergänzung der unzureichenden Vorbehaltsmasse gemindert werden soll: — im Widerspruch endlich mit der Bestimmung, daß bei

Digitized by Google

Schenkungen nicht ihr Gegenstand, sondern ganz allein ihr Datum für die Reihenfolge maßgebend sein soll, in welcher ihre Minderung erfolgt, so daß also wenn die Einziehung der jüngsten, blos Mobilien umfassende Schenkung zur Deckung des Vorbehalts hinreicht, die ältern Schenkungen, auch wenn sie die einzigen Immobilien umfassen, welche der Erblasser besessen hat, völlig unangetastet bleiben;

J. E., daß hiernach nicht gesagt werden kann, daß die Partikular-Legatare und Donatare, denen individuelle Gegenstände des Nachlasses und namentlich Grundstücke zugewendet sind, mit den Vorbehaltserben in einer Erbschafts-Gemeinschaft stehen, aus welcher sie erst im Wege einer nach den gesetzlichen Grundsätzen der Gleichheit vorzunehmenden Theilung, unter gleicher Zuweisung der Mo- und Immobiliarmasse ihren Antheil, sei es in natura oder in einer Quote des Licitationspreises erhalten;

Daß sie vielmehr die ihnen zugewandten Gegenstände zunächst direct aus dem Nachlasse vorweg zu nehmen berechtiget sind, und eine dem Theilungsverfahren unterliegende Gemeinschaft zwischen ihnen und den Vorbehaltserben nur insofern eintritt, als in Folge theilweiser Minderung der freigebigen Partikular-Verfügung sich ergibt, daß die Vorbehaltserben zu ideellen Antheilen an den Gegenständen der Partikular-Verfügung mitberechtiget sind;

J. E., daß demgemäß im vorliegenden Falle der erste Richter mit Unrecht aus dem blosen Umstande, daß die Mitappellatin Schmitz von den Testatoren auf den Vorbehalt reducirt worden, den Schluß gezogen hat, daß die den ersten 3 Appellanten vermachten Grundstücke zwischen diesen und den übrigen Erben zur Theilung in natura oder durch Licitation gebracht werden müßten, und deshalb die testamentarische Verfügung auch abgesehen von der Frage ihrer Auslegung, in Wegfall komme;

Daß vielmehr ein völliges oder theilweises Einwerfen der vermachten Immobilien nur in so fern verlangt werden kann, als diese Vermächtnisse, für sich oder zusammen mit andern Vermächtnissen, ihrem Gegenstande und dessen Werthe nach, den Werth der verfügbaren Quote übersteigen;

Daß aber für die Frage, ob eine solche Ueberschreitung vorliege, lediglich der wahre Werth der Grundstücke selbst

Digitized by Google

und keineswegs der bloße Mehrwerth über die den Legataren auferlegte Taxe von 4000 Thlr. maßgebend sein muß;

Daß die Auflage des Rückbringens dieser Taxsumme nicht verhindert, daß die Immobilien selbst Gegenstand des Legates sind, vielmehr nur die Bedeutung hat, daß diese Grundstücke insoweit ihr wahrer Werth diese Taxe überschreitet zum Voraus geschenkt, im Uebrigen aber statt der Collation in natura der Collation mittelst Einzahlung jenes bloßen Taxwerthes unterworfen sein sollen;

Daß eine solche Bestimmung des Testators über die Art, wie zu conferiren sei, zwar insoweit unbedenklich gültig ist, als es sich eben nur von der gewöhnlichen Collation handelt, welche der Testator willkürlich erlassen und also auch dahin modificiren kann, daß statt einer Collation in natura eine solche in Geld überhaupt oder die einer bestimmten Geldsumme erfolge;

Daß dagegen sobald es sich von dem besondern Rückbringen eines mit Ueberschreitung der disponiblen Quote vermachten Grundstückes handelt, die gesetzliche Vorschrift, daß das Grundstück, weil es selbst Gegenstand des Vermächtnisses ist, auch selbst in natura zurückgebracht werden soll, ohne Rücksicht darauf zur Anwendung kommen muß, daß der Testator, dem über die Art der Reduction wegen Pflichttheilsverletzung keine Verfügung zusteht, dennoch eine solche getroffen hat;

Daß daher vorliegend eine Verletzung des Vorbehalts nicht erst dann vorhanden wäre, wenn der Mehrwerth des vermachten Immobiles die disponible Quote überschreitet, sondern schon dann, wenn das Grundstück selbst mehr werth ist als die verfügbare Quote beträgt, indem alsdann das vom Testator für die Vorbehaltserben hinterlassene Vermögen in seinen eigenen Bestandtheilen nicht genug Werthobjecte enthält, um den Vorbehalt zu decken, sonach dieser letztere verletzt ist;

Daß diese Verletzung des Vorbehaltes nicht durch das Einwerfen der Taxe ausgeglichen wird, auch wenn sie dem wahren Werth der Grundstücke entspricht da, wie früher ausgeführt, die Vorbehaltserben wenn auch nicht Immobilien des Nachlasses statt Mobilien, doch jedenfalls Nachlaßgegenstände überhaupt, welche dem Erblasser gehört haben, zur

Digitized by Google

Deckung ihres Vorbehaltes verlangen können, und es sich nicht gefallen zu lassen brauchen, daß der Vorbehalt statt durch Rückbringen eines Theiles der vermachten Gegenstände in natura durch einen wenn auch noch so richtig abgeschätzten Geldbetrag aus der Hand des Legatars ergänzt werde;

J. E., daß wenn daher in einem Falle wie der vorliegende die Legatare nur denjenigen Theil des Grundstückes, welcher seinem Werthe nach der disponiblen Quote gleichkommt, nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Reduction zurückbehalten, und dagegen den andern Theil zum Nachlaß zurückbringen müssen, außerdem aber für den zurückbehaltenen Theil die testamentarische Taxe verhältnißmäßig zahlen müssen, sich hieraus allerdings das Resultat ergeben würde, daß in Folge der Reduction der Nachlaß des Erblassers außer der zur Deckung des Vorbehaltes nöthigen eigentlichen Erbschaftsstücken auch noch eine aus dem Vermögen der Legatare fließenden Geldsumme umfassen würde;

Daß hieraus aber nur die rechtliche Folge zu ziehen ist, daß diese Geldsumme auf den disponiblen Theil des Erblassers fällt, und daß daher die Legatare, bis zum Belaufe dieser Geldsumme, auch noch den Vortheil der ihnen entstanden wäre, wenn ihnen das ganze Grundstück zu der testamentarischen Taxe verblieben wäre, bei der Reduction liquidiren und gegen jene Geldsumme compensiren dürfen;

J. E., daß in Anwendung der vorstehend entwickelten Grundsätze zur Entscheidung über die gegenseitigen Ansprüche der Parteien sich zur Zeit zwar die höchste Wahrscheinlichkeit ergibt, daß durch das Vermächtniß der Testatoren an die 3 ersten Appellanten der Vorbehalt der andern Kinder verletzt ist;

Daß aber nicht nur der Umfang dieser Verletzung sich zur Zeit auch nicht einmal annähernd bestimmen und sich demgemäß auch noch nicht übersehen läßt, ob eine solche Verletzung in Ausführung der gesetzlichen Bestimmungen über die Reduction schließlich das Resultat herbeiführen wird, daß wie Appellat verlangt und der erste Richter angenommen hat, die 3 ersten Appellanten verpflichtet sein werden, die ihnen vermachten Immobilien ganz zur Theilungsmasse abzuliefern und nur eine theilweise Entschädigung in Geld zu fordern haben werden, — oder aber ob sie, wie die Ap-

Digitized by Google

pellanten beanspruchen, die Immobilien ganz in natura zurückbehalten dürfen und ihrerseits nur die testamentarische Taxe durch eine weitere Summe zu ergänzen haben;

Daß auch die vom Appellanten beantragte Expertise über den Werth der vermachten Immobilien keine ausreichende Grundlage liefern würde;

Daß vielmehr hierzu erforderlich wäre, zunächst den Bestand des ganzen Nachlasses der Erblasser im Activum und Passivum festzustellen und demnächst den Geldwerth desselben so wie den Betrag der disponiblen Quote dieses Geldwerthes zu ermitteln;

Daß hiernach in Vergleich zu dem ebenfalls zu ermittelnden Geldwerthe der vermachten Grundstücke so wie der allenfalsigen andern Legate erst zu beurtheilen ist, ob und zu welchem Betrage der verfügbare Theil überschritten und ob und zu welcher Quote das hier streitige Legat, welches bezüglich des Nachlasses der Mutter erst nach den andern Legaten zur Reduction kommen soll, an der Ausgleichung dieser Ueberschreitung theilnehmen soll;

Daß nach Art. 866 es von dem Verhältniß der Quote der Ueberschreitung der disponiblen Quote der Grundstücke, die Untheilbarkeit der Grundstücke vorausgesetzt, abhängen wird, ob die Grundstücke ganz den 3 Legataren verbleiben oder ganz an den Nachlaß fallen und der Nachlaß oder die Legatare im Gelde entschädiget werden oder die Legatare durch Weniger-Nehmen in Betreff des übrigen Nachlasses Vergütung erhalten, überdies aber noch die Vorschrift des Art. 924 je nach dem der Nachlaß noch weitere Immobilien enthält, für die Frage von Einfluß ist, ob die Legatare im Falle der Ueberschreitung des verfügbaren Theiles den die Ueberschreitung bildenden Theil auf ihren eigenen Vorbehalt zurückbehalten dürfen;

J. E., daß hiernach zwar die Entscheidung des ersten Richters, welcher auf die Interpretation des Testamentes und die bloße Wirkung der rücksichtlich des Appellaten eintretenden Reduction auf den Vorbehalt fußend, schon jetzt festgesetzt hat, daß die vermachten Immobilien Gegenstand der unter die sämmtlichen 6 Kinder zu vertheilenden Erbgemeinschaftsmasse gehören, als zur Zeit nicht gehörig begründet, nicht gebilligt werden kann;

Digitized by Google

Daß aber andererseits auch die Voraussetzungen noch nicht klar gestellt sind, unter welchen, dem Antrage der Appellanten entsprechend, entschieden werden könnte, daß die vermachten Grundstücke auf Grund der Testamente, den 3 ersten Appellanten ausschließlich zuzusprechen seien, sonnach auch allem weiteren sich an diesen Anspruch anschließenden Verlangen der Appellanten zur Zeit nicht entsprochen werden kann;

Daß ferner, da die Ermittelung des für die Frage der Wirksamkeit der Legate und ihrer Reduction maßgebenden thatsächlichen Verhältnissen mit dem Gegenstande der für die Theilung selbst vor dem committirten Notar vorzunehmenden Verhandlungen im wesentlichen Zusammenhang steht und theilweise identisch ist, es nicht zweckmäßig und dem üblichen Verfahren in Theilungssachen nicht entsprechend erscheint, jene Ermittelungen in dieser Instanz, getrennt von den in erster Instanz vor dem beauftragten Notar vorzunehmenden Theilungs-Verhandlungen anzuordnen, vielmehr sachgemäß ist, daß die gegenseitigen Ansprüche und Behauptungen der Parteien wegen Verletzung des Vorbehalts durch die fraglichen Testamente, so wie wegen des Umfanges und der Folgen dieser Verletzungen für die in erster Instanz vorzunehmenden Theilungs-Verhandlungen und bezüglich der dabei sich ergebenden Contestationen für die Entscheidung in erster Instanz vorbehalten werden;

Aus diesen Gründen

hebt der Rhein. Appell.-Ger.-Hof das Urtheil des Landgerichts zu Elberfeld vom 18. Oktober pr. insoweit auf, als dasselbe schon jetzt erkannt hat, daß auch diejenigen im Urtheil bezeichneten Grundstücke, welche durch die Testamente der Erblasser vom 20. Oktober 1846 den 3 erst aufgeführten Appellanten vermacht worden und in dem Antrage der Appellanten sub II. a. b. c. d. e. f. und sub III. a. b. c. d. e. f. g. h. i. k. l. m. n. o. p. q. aufgeführt sind, unter die Parteien zu den ihnen zustehenden Erbquoten vertheilt und daß die Immobilien des Nachlasses öffentlich verkauft werden sollen;

Erkennt statt dessen

1. Im Verhältnisse der 3 erst aufgeführten Appellanten zu den Appellanten Ehel. Robert und Richard vom Hofe

Digitized by Google

Daß jene Grundstücke den ersten 3 Appellanten auf Grund der bezogenen Testamente ausschließlich zufallen, und diese Appellanten den Mitappellanten Robert vom Hofe, so wie den Mitappellanten Richard vom Hofe, $^{7}/_{40}$ von 300 Thlr. (Antheil des Testators Rübenstrunk an den vermachten Immobilien) und $^{12}/_{72}$ von 3700 Thlr. (Antheil der Ehefrau R.) zu vergüten haben;

2. Im Verhältniß der 3 erst aufgeführten Appellanten zu den Appellaten

Daß dem Antrage dieser Appellanten, ihnen die fraglichen Grundstücke schon jetzt auf Grund der angeführten Testamente ausschließlich zu der Taxe von 300 und 3700 Thlr. zuzusprechen so wie den sich hieran anschließenden Anträgen zur Zeit nicht zu entsprechen sei; behält vielmehr in Betreff der Frage, in wie fern die bezogenen Testamente wegen Verletzung des Vorbehalts der Appellatin Ehefrau Schmitz einer Reduction zu unterliegen und demgemäß die Grundstücke, welche darin den 3 Appellanten vermacht sind, diesen verbleiben oder zur Theilung mit dem Appellaten zu bringen sind, den Parteien die Geltendmachung ihrer Rechte bei den vor dem committirten Notar in erster Instanz vorzunehmenden Theilungs-Verhandlungen vor und verweiset die Parteien in die erste Instanz zurück.

III. Senat. Sitzung vom 31. Oktober 1866.

Advokaten: Widenmann — v. Hontheim.

Fenstergerechtigkeit. — Verjährung.

Fenster, welche den Vorschriften der Art. 676 u. 677 des B.-G.-B. nicht entsprechend eingerichtet sind, können nach Ablauf von 30 Jahren von dem Eigenthümer des Nachbargrundstücks nicht mehr verbaut werden; dieselben begründen vielmehr eine Servitut, sobald die thatsächlichen Verhältnisse es klar erkennen lassen, daß durch das Fortbestehen solcher Fenster eine Aussichtsgerechtigkeit ausgeübt werden sollte.

Hieronimy — Hegel.

Das in der Mariengartenstraße zu Köln gelegene mit Nro. 29 u. 31 bezeichnete Haus der Verklagten Erben Hegel

Digitized by Google

hat keinen Hof und Garten, grenzt vielmehr unmittelbar an den Garten, welcher zum Hause des Klägers Hieronimy Nro. 21 u. 23 Burgmauer gehört. In der Grenzmauer befinden sich im Erdgeschoß, sowie in den beiden darüber liegenden Etagen je zwei Fenster. Kläger beabsichtigte in seinem Garten ein Hintergebäude zu errichten, durch dessen Aufbau die Fenster des Nachbars verbaut würden. Derselbe ließ nun vor dem Bau unter Mittheilung der Pläne die Beklagten vor das Landgericht vorladen, um erkennen zu hören, daß er zur Ausführung des Baues und Vermauerung der Fenster berechtigt sei. Die Beklagten behaupteten, und erboten sich zum Beweis durch Zeugen und Sachverständige daß die fraglichen Fenster sich nur 3 bis 4 Fuß über dem Boden der betreffenden Zimmer befänden, zum Oeffnen eingerichtet und zum Theil mit Läden, welche sich nach außen öffnen, versehen seien, daß dieselben seit länger als 30 Jahren vor der Klage beständen und zur Erhaltung, Lüftung ihrer Zimmer und zur Aussicht nach dem Hofraum des Klägers benutzt worden seien. Kläger bestritt die Zulässigkeit dieses Beweises und bezog sich auf die in diesem Band des Archivs II. A. p. 8 erwähnten Urtheile. Das Landgericht erkannte auf den Beweis; die hiergegen vom Kläger eingelegte Berufung wurde nachdem bei der ersten Verhandlung der Sache Stimmengleichheit entstanden war, nach Zuziehung eines ferneren Richters auf Grund einer zweiten Verhandlung durch folgendes Urtheil verworfen.

I. E., daß Appellant, wie in erster Instanz zum Zwecke der Begründung der Klage, so jetzt zur Entkräftung des angefochtenen Urtheils zunächst und vorzugsweise darzuthun sucht, daß, möchten auch die fraglichen Fenster der Appellatin seit rechtsverjährter Zeit sich als gewöhnliche Aussichtsfenster zu erkennen gegeben haben, daraus rechtlich doch weiter nichts, als eine Befreiung von den in den Art. 676 bis 678 des B.-G.-B. namhaft gemachten Beschränkungen in der Ausübung des Eigenthumsrechtes, keineswegs aber auch zugleich ein ihm Appellanten oder seinem Grundstücke gegenüber geltend zu machendes Untersagungsrecht folgen würde, am wenigsten das Recht, ihn am Verbauen der Fenster zu hindern, da dieses eine Servitut auf Seiten der Appellatin voraussetze, welche nach Art. 689 in fine des B.-G.-B. durch Ersitzung nicht erworben werden könne;

Digitized by Google

J. E., daß, wenn auch zuzugeben wäre, daß die in den angeführten Art. 676 bis 678 aufgeführten Beschränkungen nicht bloß gemeinrechtliche Bestimmungen in Betreff der Benutzungsart von Gebäulichkeiten darstellen, sondern daß sie im Allgemeinen unter den Begriff der s. g. passiven Servituten fallen und daß gewisse Ueberschreitungen jener beschränkenden Vorschriften immer noch keinerlei Untersagungsrecht im Verhältniß zu dem Nachbargrundstücke zur Folge haben, sondern nur mittels einer usucapio libertatis die natürliche Eigenthums-Freiheit wieder herstellen oder von den gesetzlichen Einschränkungen befreien, dies Alles doch nicht mehr maßgebend ist, vielmehr ein ganz anderer rechtlicher Gesichtspunkt hervortritt, sobald es sich wie hier, um eine Aussichts-Gerechtigkeit im eigentlichen Sinne des Wortes handelt;

Daß das rheinische Recht unter den Ausdrücken servitude de vue, vue de prospect oder vue d'aspect eine positive Dienstbarkeit kennt, welche nicht blos in dem Rechte besteht, in der eigenen Mauer Oeffnungen anzubringen, die in ihrer Gestaltung weniger beschränkt sind, als solches die mehrgedachten Gesetzes-Bestimmungen vorschreiben, sondern welche zugleich in die Freiheit des Nachbargrundstückes eingreifen, wie dies auf das unzweideutigste aus dem Art. 701 und dem zweiten Absatz des Art. 688 hervorgeht, in welchem die Aussichts-Gerechtigkeit mit der Wasserleitungs-Gerechtigkeit auf gleiche Linie gestellt wird; daß, da diese Gesetzesstelle solcher Aussichts-Gerechtigkeit den Charakter einer contunuirlichen und augenfälligen beilegt, es nach Art. 690 des B.-G.-B. nicht minder unbestreitbar ist, daß dieselbe auch durch Ersitzung erworben werden kann;

Daß, sofern, wie es hier der Fall ist, eine solche Ersitzung behauptet wird, allerdings der Satz: tantum praescriptum quantum possessum in Betracht kommt, daraus aber nur folgt, daß in thatsächlicher Beziehung zu prüfen ist, ob die betreffenden Besitzhandlungen einen derartigen Charakter an sich tragen, daß aus denselben mit Sicherheit die Ausübung einer eigentlichen Aussichts-Gerechtigkeit oder etwa nur eine gewisse Herabminderung der in Betreff des Anbringens und der Gestalt auf das Nachbargrundstück mündenden Oeffnungen bestehenden gesetzlichen Beschränkungen zu folgern ist;

Daß eine derartige Auslegungs-Frage sich ebensowohl gegenüber einem die Materie betreffenden Vertrage oder Testa-

Digitized by Google

mente, wie bei dem Erwerbe durch Erſitzung darbieten und in letzterer Beziehung keineswegs von vorne herein geſagt werden kann, daß bloße Handlungen oder Vorrichtungen in oder an dem Gebäude des die Servitut Beanſpruchenden eine Schlußfolgerung der gedachten Art niemals zu rechtfertigen vermögend ſeien; daß ſolches vielmehr in jedem einzelnen Falle lediglich eine Frage der richterlichen Würdigung der faktiſchen Momente bildet, welche möglicherweiſe nicht minder klare Auskunft, wie eine Urkunde ertheilen, und namentlich auch erſichtlich machen können, daß eine ein Unterſuchungsrecht in ſich ſchließende Ausſichts-Servitut beabſichtigt und in dieſem Sinne die Ausſicht geübt worden iſt, wie wenn etwa beiſpielsweiſe ein Gebäude nur nach einer Seite hin Ausſichtsfenſter hat und haben kann, während Bauten des Nachbarn auf den noch übrigen Seiten ihm Licht und Luft abſchließen, in welchem Falle der Nachbar keinen Augenblick darüber im Zweifel ſein konnte, daß die auf ſein Grundſtück gehenden Fenſter eine andere Bedeutung, als die von bloßen Maueröffnungen in Anſpruch nähmen, auf deren Schließung der Eigenthümer des Gebäudes ſich ſtets gefaßt halte;

J. E., daß der appellantiſcher Seits noch angerufene Satz, daß die servitus altius non tollendi oder non aedificandi durch Erſitzung, welche die Gegenſeite allein für ſich anrufe, nicht habe erworben werden können, wie unbeſtreitbar dieſer Satz an ſich auch iſt, im vorliegenden Falle das erſtrichterliche Urtheil in keiner Weiſe zu entkräften vermag, indem er überhaupt auf denſelben keine Anwendung findet;

Daß nämlich die Appellatin keineswegs zum Vortheile ihres Grundſtückes das Grundſtück des Appellanten ſchlechthin in der Art belaſtet wiſſen will, daß auf letzterem überhaupt nicht, oder nicht über eine gewiſſe Höhe hinaus gebaut werden dürfe; daß Erſtere vielmehr nur verlangt, daß die baulichen, wie alle ſonſtigen Anlagen und Vorrichtungen auf dem appellantiſchen Grundſtück ſo eingerichtet werden, daß ſie ihr Ausſichtsrecht nicht beeinträchtigen, daß aber ein ſolches Verlangen eben ſo wenig eine eigentliche servitus non aedificandi oder altius non tollendi in ſich beſchließt, wie es z. B. der Anſpruch in ſich beſchließen würde, keine Mauer quer durch einen Waſſerlauf aufzurichten, mit welchem ein Grundſtück jure servitutis belaſtet iſt;

Digitized by Google

Daß die hier in Rede stehende Einschränkung der Baufreiheit auch in der Weise nur eine relative und bedingte ist, als sie von selbst zu bestehen aufhört, sobald aus irgend einem Grunde die Aussichts-Gerechtigkeit, von welcher sie einen integrirenden Bestandtheil bildet, ja deren Begriff sie constituiren hilft, nicht mehr geübt werden kann;

Daß der erste Richter denn auch mit Recht von diesem Gesichtspunkte aus auf die Bestimmung des Art. 669 des B.-G.-B. hingewiesen hat, nach welcher in einer bestehenden Servitut alles dasjenige stillschweigend mit einbegriffen ist, was erfordert wird, um Gebrauch von derselben zu machen;

Daß, müßte man mit dem Appellanten jede Beschränkung seiner Baufreiheit mit Rücksicht auf das fragliche Aussichtsrecht verneinen, alsdann aus gleichem Grunde ihm auch nicht verwehrt werden könnte, durch irgend welche andere Vorrichtung, Anpflanzung u. s. w. der Appellatin das Licht und die Aussicht zu entziehen, indem letzteres nur unter der Voraussetzung widerrechtlich erscheint, daß zufolge des Bestehens des Aussichtsrechtes, ein intellektueller Theil des Eigenthums des Appellanten mit dem Eigenthum der Appellatin, kraft und nach Maßgabe ihrer Servitut-Berechtigung als von rechtswegen verbunden anzusehen ist;

Das anderen Falles einer durch Ersitzung erworbenen Aussichts-Gerechtigkeit jede rechtliche Gewähr in petitorio wie in possessorio entzogen wäre, oder dieselbe doch stets nach dem Belieben des belasteten Nachbarn illusorisch gemacht werden könnte, was dem Wesen nach auf dasselbe hinauslaufen würde, als wenn man, im Widerspruche mit den Eingangs citirten Gesetzes-Bestimmungen, das Aussichtsrecht überhaupt nicht für ersitzbar erklärte, da eine blos auf Duldung beruhende Befugniß nicht als ein Recht qualificirt werden kann;

Daß sonach das Heranziehen der, die Erwerbung einer servitus non aedificandi oder altius non tollendi betreffenden Regeln zum Zwecke der Entscheidung der vorliegenden Frage für unstatthaft erachtet werden muß;

Daß diese Unstatthaftigkeit auch noch durch eine Vergleichung anderweiter gesetzlichen Bestimmungen und insbesondere des Art. 694, in Verbindung mit den Art. 688 u. 689 des B.-G.-B. an's Licht tritt, indem die bleibende

Digitized by Google

Fundirung eines Aussichtsrechtes, in der Art, wie sie der erstgedachte Artikel ausdrücklich gestattet, rechtlich unmöglich sein würde, wenn der Eigenthümer des mit dieser ständigen und offenen Servitut durch destinatio patris familias belasteten Grundstückes zu jeder Zeit um deswillen die Aussicht verbauen könnte, weil die nicht ständige und nicht offene servitus non aedificandi ihm durch solche destinatio nicht gleichzeitig stillschweigend aufgelegt sein könne;

J. E., daß nach dem vorstehend Entwickelten die erstrichterliche Entscheidung auf einer richtigen Auslegung und Anwendung der einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen beruht;

Daß auch die im Urtheile a quo zum Beweis gestellten Thatsachen die Uebung einer Aussichts-Servitut von dem appellatischen Gebäude aus während der Zeit ihres Bestehens klar zu erkennen gegeben haben und diese Thatsachen, in ihrem Zusammenhange genommen, auf Seiten des Appellanten resp. seiner Rechtsvorgänger keinen vernünftigen Zweifel darüber bestehen lassen konnten, daß der durch sein Grundstück gebildete freie Raum ganz oder doch theilweise zum Zwecke dieser Aussicht in Anspruch genommen war, so daß sein Dulden der Aussichtsfenster während rechtsverjährter Zeit mit einer ausdrücklichen Genehmigung dieses Anspruches juristisch gleichbedeutend erscheint.

II. Senat. Sitzung vom 25. Oktober 1866.

Advokaten: Dubelman u. Franken — Nacken.

Unannehmbarkeit der Berufung wegen Vollzugs. — Anspruch auf Liegegelder.

Aus der freiwilligen Bezahlung eines Theils der Urtheilssumme ist nicht mit Nothwendigkeit auf einen Verzicht der Berufung gegen das Urtheil seinem ganzen Inhalt nach zu schließen.

Einem Fluß-Schiffer ist durch den Art. 407 des B.-G.-B. ein Mittel gegeben sich wegen Frachtgelder ꝛc. bezahlt zu machen und unter Conservirung aller seiner Ansprüche sein Schiff von der Ladung zu entlasten. Wenn er von diesem

Mittel keinen Gebrauch macht, vielmehr mit der Ladung im Schiffe liegen bleibt, so steht ihm deshalb ein Anspruch auf Liegegelder nicht zu.

Kreykamp — Jansen.

Im November 1865 übernahm der Appellat für den Appellanten den Transport von 430 Bund Weiden per Schiff von Grieth bei Cleve nach Casselerfeld bei Ruhrort. Am Bestimmungsorte angekommen verlangte er von dem, an den die Weiden adressirt waren, vor Ablieferung derselben 1½ Sgr. pro Bund Frachtgeld. Letzterer weigerte sich indessen ohne Frachtbrief oder sonstigen Nachweis mehr als die bisher üblich gewesene Fracht von 1 Sgroschen pro Bund zu bezahlen, und gab dem Schiffer anheim die Weiden für Rechnung des Absenders auszuladen. Allein dieser verweigerte jedes Ausladen derselben, bevor er nicht die begehrte Fracht erhalten, ließ den Absender, den Appellanten in diesem Sinne auf Bezahlung der Fracht und Abnahme der Weiden sommiren und da auch das die erwünschte Folge nicht hatte, unter dem 6. Januar 1866 vor das Landgericht zu Cleve als Handelsgericht laden, um sich verurtheilen zu hören ihm 1) die verlangte Fracht mit 21 Thlr. 15 Sgr. und 2) an Liegegelder seit dem 23. Dezember 1865 für den Tag 2 Thlr. 15 Sgr. zu bezahlen, sodann auch den Kläger ermächtigen zu hören, diejenigen 430 Busch Korbweiden, welche er für den Beklagten geladen und von Grieth nach Ruhrort transportirt hat und welche sich noch in dem Schiffe des Klägers zu Ruhrort befänden, zur Deckung der vorangegebenen Beträge durch einen öffentlichen Beamten verkaufen zu lassen. — Durch Urtheil vom 9. Januar 1866 erkannte das Landgericht zu Cleve auf die über den Sachverhalt und die Angemessenheit der beanspruchten Fracht und Liegegelder erbotenen Beweise, und nachdem diese aufgenommen, verurtheilte es den Beklagten unter dem 11. April 1866, nach dem Klageantrage, nur die Liegegelder auf 1½ Thlr. pro Tag ermäßigend.

Gegen beide Urtheile wurde unter dem 7. Mai 1866 von Seiten des Beklagten die Berufung eingelegt mit dem Antrage die Klage insoweit sie den Betrag von 14 Thlr. 10 Sgr. (1 Sgr. pro Bund) übersteigt, abzuweisen. Zur

Digitized by Google

Begründung dieses Antrages wurden verschiedene, hier nicht interessirende faktische Behauptungen aufgestellt und außerdem geltend gemacht, daß da unstreitig die 1½ Sgr. pro Bund kein verabredetes, sondern höchstens ein angemessenes Frachtgeld bildeten, ein Frachtvertrag, zu dessen Wesen ein verabredetes Frachtgeld gehöre (Art. 1710 c. civ. l. 2 Dig. de loc. et cond. 19. 2.) im eigentlichen Sinne nicht vorliege, deshalb untergebens auch von dem auf analoge Verträge nicht auszudehnenden Pfandrecht des Frachtführers resp. Schiffers keine Rede sein könne, daß, wenn aber auch ein solches Pfandrecht bestehe, der Schiffer darum doch noch nicht berechtigt werde für jeden Tag, den er in Wahrung desselben mit seinem Schiffe müßig liege, Liegegelder zu fordern (Art. 602, 603, 407, 409 Allg. H.-G.-B. Art. 1151 B.-G.-B.) Appellatischerseits wurde die Berufung vor allem als unannehmbar bekämpft, einmal weil die Klage keine appellable Summe betroffen habe, und zweitens weil Appellant auf das angegriffene Urtheil die Fracht mit 21 Thlr. 15 Sgr. vorbehaltlos bereits bezahlt habe. — Hiergegen wurde appellantischer Seits bemerkt, daß da zur Zeit des Urtheils vom 11. April 1866 die beanspruchten Liegegelder allein 275 Thlr. betragen hätten, der erste Richter jedenfalls über einen appellabelen Gegenstand erkannt habe. Was aber den zweiten Unannehmbarkeitsgrund angehe, so möge „die freiwillige Execution eines Urtheils wohl in der Regel als ein Verzicht auf die Berufung angesehen werden. Indessen gründe sich diese Regel auf kein positives Prozeßgesetz, sondern sei als aus der Natur der Sache geschöpft in die Praxis eingeführt, und daher müsse diese Regel wegfallen, wo besondere Umstände obwalteten, deren zufolge die freiwillige Execution des Urtheils als sehr wohl vereinbar mit der Absicht dasselbe durch Berufung anzugreifen erschiene." (Archiv Bd. 27. I. S. 192.) Im untergebenen Falle hätten aber solche Umstände obgewaltet, denn die Vorsicht hätte geboten auf alle Fälle gegen Bezahlung der Fracht von 21 Thlr. 15 Sgr. die Auslieferung der Weiden zu erhalten und so das weitere Anschwellen der Liegegelder zu verhindern. Jedenfalls sei das Urtheil nur in dem Punkte bezüglich der Frachtgelder nicht aber auch in dem zweiten Punkte bezüglich der Liegegelder erfüllt worden, und deshalb insoweit auf alle Fälle die Berufung offen.

Digitized by Google

Der Hof erkannte unter Verwerfung der Unannehmbarkeits-Einrede reformatorisch wie folgt:

Urtheil.

J. E., in Betreff der Unannehmbarkeit des am 7. Mai 1866 gegen die Urtheile des Landgerichts zu Cleve vom 9. Januar und 11. April d. J. eingelegten Berufung, daß untergebens aus der freiwilligen Execution eines Theils des Urtheils vom 11. April d. J. durch Zahlung von 21 Thlr. 15 Sgr., angeblich schon vom 30. April 1866 auf einen Verzicht der Berufung gegen das Urtheil seinem ganzen Inhalte nach nicht mit Nothwendigkeit zu schließen ist, da der bedeutenste Gegenstand des Prozeßes in den täglich sich vergrößernden mit in Anspruch genommenen an die Nichtausladung der Weiden aus dem Schiffe wegen Nichtzahlung der Fracht geknüpften Liegegeldern bestand, sohin sich schon von selbst die Vorstellung aufdrängt, daß der Appellant sich zu der Zahlung der 21 Thlr. 15 Sgr., welche den Betrag der mit eingeklagten Fracht bilden, werde herbeigelassen haben, um der Gefahr am Ende auch noch die täglich anwachsenden Liegekosten bei etwaigem Verluste des Rechtsstreits bezahlen zu müssen, zu begegnen, welche Auffassung der Intention der Appellanten bei der Zahlung sich um so mehr empfiehlt, als es unverkennbar kein Zufall ist, daß der bezahlte Betrag gerade mit der nicht in einer runden Summe auslaufenden Frachtforderung übereinstimmt und in die noch nicht auf eine runde Summe zurückgeführten Liegegelder gar nicht hineingreift, daß demnach unter diesen Umständen in der geleisteten Partialzahlung der im Urtheile zugesprochenen Summe ein Verzicht auf die Berufung in Betreff der Liegegelder nicht gefunden werden muß, wenngleich bei der Bezahlung eine besondere Beurkundung eines Vorbehalts der Berufung nicht veranlaßt worden ist;

J. E., was die Sache selbst angeht, daß die Beschwerde darüber, daß statt 14 Thlr. 10 Sgr. für Transportkosten 21 Thlr. 15 Sgr. zuerkannt worden, nicht mehr vorgebracht werden kann, weil die Bezahlung der ganzen Fracht ohne Vorbehalt eine freiwillige Execution des Urtheils in diesem Punkte in sich schließt.

J. E., daß jedoch die Beschwerde darüber, daß der Richter a quo dem Appellaten auch die Liegekosten zuerkannt

Digitized by Google

hat, wohl begründet ist, indem, wenn auch der Adressat die verlangten 1½ Sgr. Transportkosten nicht bezahlen wollte, doch dadurch Appellat nicht in die Nothwendigkeit gesetzt war, solche unverhältnißmäßige Liegekosten zu veranlassen, da ihm der Art. 407 des H.-G.-B. die Mittel an die Hand gab, sich bezahlt zu machen und mittelst Conservirung aller seiner Ansprüche sein Schiff von den geladenen Weiden zu entlasten.

Aus diesen Gründen

reformirt der Hof die Urtheile des Landgerichts zu Cleve vom 9. Januar und 11. April d. J. in so fern als dem Appellaten ein höherer Betrag als 21 Thlr. 15 Sgr. zuerkannt worden und statt dessen erkennend weis't er die unter'm 6. Januar 1866 erhobene Klage in so weit sie gedachte 21 Thlr. 15 Sgr. übersteigt, ab, die Kosten beider Instanzen kompensirend.

1. Senat. Sitzung vom 23. Oktober 1866.

Advokaten: Drewke — Wallraf.

Gemeinschaftlicher Graben. — Oeffentlicher Weg.

Die in Art. 666 des B.-G.-B. ausgesprochene Präsumtion der Gemeinschaftlichkeit des „zwischen zwei Grundstücken" befindlichen Grabens ist schon nach dem Wortlaute des Gesetzes nicht auch von einer derartigen Anlage neben einem öffentlichen Wege zu verstehen; da der gebrauchte Ausdruck héritage ein der freien Privatverfügung unterworfenes unbewegliches Erbeigenthum bezeichnet, nicht aber auch das dem Verkehr entzogene öffentliche Eigenthum an Grundstücken sprachlich umfaßt;

Eine solche Anwendung der gedachten Bestimmung — möge es sich auch nur von einem bloßen Gemeindewege handeln — kann am wenigsten dann Platz greifen, wenn das Eigenthum eines Grabens in Frage steht, der neben dem Wege an einer Reihe von Grundstücken verschiedener Privateigenthümer vorbei sich hinzieht;

Digitized by Google

Als vermuthbarer Zweck einer solchen Anlage stellt sich sachlich nicht sowohl die Einfriedigung des beiderseitigen Eigenthumes, als vielmehr die Freihaltung des Weges vom Wasser naturgemäß dar.

Gemeinde Freimersdorf — Horatz.

I. Senat. Sitzung vom 23. Oktober 1866.

Advokaten: Nacken — v. Hontheim.

Gemeinde. — Theilung von Gütern, welche mehreren Gemeinden gemeinschaftlich sind. — Quote.

Das Gesetz vom 10. Juni 1793 sowie die Staatsrathsgutachten vom 20. Juli 1807 u. 26. April 1808 über die Vertheilung von Gütern, welche mehreren Gemeinden gehören, beabsichtigen keinen Eingriff in wohlerworbene Privatrechte; wenn sich daher unter zweien Gemeinden während rechtsverjährter Zeit in dem Bezug der Nutzungen der gemeinschaftlichen Güter ein bestimmtes Betheiligungs-Verhältniß festgestellt hat, so ist dieses auch bei der Vertheilung dieser Güter maßgebend.

Gemeinde Born — Gemeinde Brüggen.

Die beiden Specialgemeinden Born und Brüggen besaßen gemeinschaftlich verschiedenes Grundeigenthum und verkauften von demselben mehrere Parzellen. Bei Vertheilung des erzielten Kaufpreises verlangte die Gemeinde Brüggen Feststellung der Quoten nach Verhältniß der Feuerstellen, die Gemeinde Born dagegen auf Grund verschiedener Titel und eines langjährigen Besitzstandes Vertheilung im Verhältnisse wie 2 zu 1.

Das Landgericht in Cleve verordnete Vertheilung des Kaufpreises nach Verhältniß der Feuerstellen zur Zeit der Veräußerung der Grundstücke, gestützt auf das Staatsrathsgutachten vom 20 Juli 1807, welchem hier weder bestimmte Titel, noch ein zur Begründung eines andern Betheiligungs-Verhältnisses übrigens rechtlich nicht ausreichender Besitzstand derogire.

Digitized by Google

Die Gemeinde Born legte gegen dieses Urtheil Berufung ein, unter Production der bereits in erster Instanz vorgelegten Urkunden und mehrerer andern, unter Bezugnahme auf die langjährige Vertheilung aller aus den verkauften Grundstücken früher gezogenen Nutzungen und sonstigen Einkünfte wie auf die wiederholte und übereinstimmende Anerkennung Seitens der Betheiligten und ihrer Vertreter, auch der vorgesetzten Behörden, welche alle das Verhältniß wie 2 zu 1 festhielten. Eventuell, wurde weiter ausgeführt, müsse die Vertheilung nach Maßgabe des Verhältnisses der Feuerstellen zur Zeit der Publikation des dann entscheidenden Staatsrathsgutachtens vom 20. Juli 1807 erfolgen.

Die Gemeinde Brüggen behauptete, von jeher seien die verkauften Grundstücke von jedem Einwohner der streitenden Gemeinden nach Maßgabe seines Bedürfnisses ohne Beschränkung benutzt worden bestritt die Richtigkeit der aus den vorliegenden Urkunden für jeden anderen, als den von ihr verlangten Theilungsmodus zuziehenden Folgerungen wie die Behauptung, daß die Zahl der Feuerstellen zur Zeit der Publikation des erwähnten Staatsrathsgutachtens berücksichtigt werden müsse.

Der Hof verordnete die Vertheilung der Kaufpreise nach dem Verhältnisse wie 2 zu 1;

J. E., daß das Gesetz vom 10. Juni 1793 über die Vertheilung der Gemeindegüter, als dessen authentische Interpretation die bestätigten Staatsrathsgutachten vom 20. Juli 1807 und 26. April 1808 sich kund geben, im Art. 15 Sect. II. zwar die Bestimmung enthielt, daß fortan jede von den Vorschriften des neuen Gesetzes abweichende Weise der Theilung solcher Güter, auch wenn dieselbe auf einem Herkommen beruhe (tout acte ou usage qui fixerait une manière de procéder differente) untersagt und ohne rechtliche Wirkung sein soll;

Daß diese Verbotbestimmung, soweit es sich dabei von der Theilung seitens mehrerer Gemeinden nach völlig unbestimmten Eigenthumsantheilen als Gesammteigenthum besessener Gemeindegüter handelt, unverkennbar den Fall im Auge hatte, wo nach älteren Gesetzen und Rechtsgewohnheiten beim Mangel ideell fixirter Eigenthums-Quoten auch schon die bloße Thatsache einer nach der Verschiedenheit der territorialen Ausdehnung und der Bewirthschaftungs-Verhältnisse der

Digitized by Google

konkurrirenden Gemeinden sich ergebenden faktischen Ungleichheit im bisherigen Bezuge der Nutzungen der gemeinschaftlichen Grundkomplexe als eine ausreichende Basis für die Aufstellung eines entsprechenden ungleichen Theilungsmaßstabes bei Auseinandersetzung der bisherigen Gemeinschaft angesehen worden war;

Daß hingegen weder das Gesetz von 1793, indem dasselbe für Fälle der bezeichneten Art die Kopfzahl der Bewohner als normgebend erklärte, noch die beiden Staatsrathsgutachten, wenn sie diesem als unzuträglich erkannten Maßstabe die Weise der Vertheilung nach der Anzahl der Feuerstellen substituirten, irgendwie den Willen des Gesetzgebers dokumentiren, in der Unterstellung auch einer durch Titel oder durch rechtsverjährten Besitz festgestellten bestimmten Größe der ideellen Eigenthums-Quoten der gemeinschaftlich besitzenden Gemeinden im Wege eines Eingriffes in wohlerworbene Privatrechte die Theilung nach der Zahl der Feuerstellen zwingend zu gebieten.

I. Senat. Sitzung vom 23. Oktober 1866.

Advokaten: Herbertz — Compes.

Verjährung der Regreßansprüche des Inhabers eines Wechsels gegen den Aussteller und die übrigen Vormänner nach Art. 79 der allg. deutschen Wechsel-Ordnung.

Die 3monatliche Verjährungsfrist des Art. 79 Nro. 1 der allg. deutschen Wechsel-Ordnung wird nicht durch die Falliterklärung des Wechselverpflichteten unterbrochen, wohl aber ist die Anmeldung der Ansprüche aus dem Wechsel zum Passivstatus des Falliments der Klage in Beziehung auf die Unterbrechung der Verjährung gleich zu achten.

Der Lauf der Verjährung wird auch nicht durch einen Arrestact unterbrochen, und auch selbst nicht durch die Klage auf Gültigkeit des Arrestes, wenn damit nicht zugleich auch der Antrag auf Verurtheilung zur Zahlung der Wechselsumme verbunden worden ist.

Digitized by Google

Isaac — Fallitmasse Strauß.

Der ꝛc. Isaac hat auf Grund mehrerer Wechsel bei dem Falliment von Strauß eine erhebliche Forderung angemeldet, welche gegen Falliten Strauß theils als Aussteller theils als vorhergehender Indossant gerichtet. Auf die Contestation des Syndiks entschied das Handelsgericht zu Trier theils interlocutorisch theils definitiv. Isaac appellirte und für die Fallitmasse wurde Incidentberufung eingelegt, und für diese unter anderen Gründen auch die Verjährung als ein durchgreifendes Motiv gegen die Ansprüche des Isaac angerufen. Zur Beseitigung dieser Einrede beruft sich der Vertreter des Hauptappellanten Isaac auf die Falliterklärung des Strauß und eine Arrestanlage gegen diesen, aufstellend, daß durch jene und diese die Verjährung vor Ablauf derselben unterbrochen worden. Der Appell.-Ger.-Hof hat zu Gunsten der Fallitmasse entschieden durch folgendes

Urtheil:

In E., daß Appellat gegen das durch Hauptberufung angegriffene Urtheil des Handelsgerichts zu Trier vom 31. Juli 1865 die Incidentberufung ergriffen und diese darauf gestützt hat, daß sowohl die Regreßansprüche des Appellanten aus sämmtlichen Wechseln, auf die sich die Beschwerden des Letzteren beziehen, als diejenigen aus 4 anderen Wechseln, betreff deren das gedachte Urtheil die Entscheidung gleichfalls von einem dem Appellanten auferlegten decisorischen Eide abhängig gemacht hat, durch Verjährung erloschen seien;

Daß daher zunächst die Incidentberufung zu prüfen ist;

Daß Appellant seine Regreßansprüche auf seine Eigenschaft als Indossant der sämmtlichen vorgedachten Wechsel stützt und dieselben gegen den Falliten Benjamin Strauß theils als Aussteller, theils als vorhergehenden Indossanten gerichtet sind;

Daß Appellant behauptet, durch Vergütung des Betrags der Wechsel an einen seiner Hintermänner in deren Besitz gekommen zu sein und seine bezüglichen Regreßansprüche daher gemäß Art. 79 Nro. 1 allg. deutschen Wechsel-Ordnung in 3 Monaten vom Tage dieser Vergütung an verjährten, diese Verjährung aber gemäß Art. 80 ibid. nur durch die Behändigung der Klage unterbrochen werden konnte;

Digitized by Google

Daß die sämmtlichen Wechsel in der Zeit vom 17. October 1864 bis zum 6. März 1865 und zwar an diesem Tage die letzten Mangels Zahlung protestirt worden sind, Appellant auch nicht bestreitet, länger als 3 Monate vor der am 14. Juni 1865 Statt gehabten, der Klage in Beziehung auf die Unterbrechung der Verjährung gleichzuachtenden Anmeldnng seiner bezüglichen Regreßansprüche zum Passivstatus der Fallitmasse durch Vergütung des Wechselbetrags an einen Hintermann in deren Besitz gekommen zu sein;

Daß demnach betreff aller Wechsel die 3monatliche Frist des oben citirten Art. 79 abgelaufen war;

Daß Appellant indeß hiergegen geltend macht, seit der am 9. Februar 1865 ausgesprochenen Falliterklärung des Benjamin Strauß habe der Lauf der Verjährung aufgehört, indem ihm hierdurch die Verfolgung seiner Regreßansprüche gegen denselben im Wege der Klage unmöglich gemacht worden sei;

Daß das rheinische Recht aber nirgend eine Bestimmung enthält, wornach der Eintritt des Fallimentszustandes auf den Lauf der Verjährung im Verhältniß des Falliten zu dritten Personen irgend einen Einfluß zu äußern geeignet wäre.

Daß das H.-G.-B. den Fallimentszustand namentlich nicht unter den Ursachen der Suspension der Verjährung aufzählt und wenn man den ausdrücklich benannten Ursachen auch den Fall der absoluten Unmöglichkeit, ein Recht durch Klage geltend zu machen, gleichstellt, eine solche Unmöglichkeit für die Gläubiger des Falliten durch das Falliment in keiner Weise herbeigeführt wird;

Daß dieselben vielmehr gemäß Art. 494 des älteren rhein. H.-G.-B. in der Lage sind, sobald der Agent des Falliments in Funktion getreten ist, alle auf Mobiliar-Forderungen sich beziehenden Klagen lediglich gegen diesen und später gegen den Syndik anzustellen oder fortzusetzen, bis zu jenem Zeitpunkt aber gegen den Falliten selbst gültig damit vorgegangen werden kann;

Daß wenn das gedachte H.-G.-B. auch ein besonderes Verfahren vorschreibt, in welchem die Gläubiger der Fallitmasse ihre Forderungen gegen diese kontradiktorisch mit dem provisorischen Syndik vor dem Richter-Commissar geltend

machen sollen und die Anmeldung einer Forderung in diesem Verfahren daher auch in Beziehung auf die Unterbrechung der Verjährung die Stelle einer gerichtlichen Klage vertritt, hierdurch doch offenbar den Gläubigern nicht das Recht hat abgeschnitten werden sollen, in den Fällen, wo das Gesetz zur Konservirung ihrer Ansprüche eine Klage erfordert, diese direct bei dem competenten Gericht zu erheben, vorbehaltlich der demnächstigen Verwerfung der Sache Seitens des letzteren zu dem gedachten Verifikations-Verfahren;

Daß, wenn hiernach der Fallimentszustand überhaupt nicht als eine Ursache der Suspension der Verjährung angesehen werden kann, dies um so mehr von der im Interesse sämmtlicher Wechselverpflichteten und der Sicherheit des Wechselverkehrs auf einen kurzen Zeitraum beschränkten Wechselverjährung gelten muß;

J. E., daß Appellant zwar für den Betrag dreier der in Rede stehenden Wechsel 1) eines über 800 Thlr. vom 5. Juli 1864, 2) eines von gleichem Betrage vom 3. October 1864, 3) eines in 3 Appoints zum Gesammtbetrage von 1200 Thlr. von demselben Tage, sämmtlich gezogen vom Falliten Strauß auf Porten, am 24. Januar 1865 einen Drittarrest hat anlegen und am 1. Februar ejusd. den Strauß auf Gültigerklärung desselben an das Landgericht zu Trier hat laden lassen, und diese Procedur-Acte als Ursachen der Unterbrechung der Verjährung geltend macht;

Daß indessen zunächst durch den Arrest-Act der Lauf derselben nicht unterbrochen werden konnte, da nach dem oben citirten Art. 80 allg. deutschen Wechsel-Ordnung ausschließlich die Klage diese Wirkung haben soll, die Bestimmung des Art. 2244 B.-G.-B., wornach auch eine Beschlagnahme (saisie) die Verjährung unterbrechen soll, daher auf die Wechselverjährung keine Anwendung finden kann;

Daß aber auch die angestellte Klage auf Gültigerklärung des Arrestes zur Unterbrechung der Verjährung nicht geeignet ist, da damit eine Klage auf Verurtheilung des Arrestaten zur Zahlung der Arrestsumme nicht verbunden war;

Daß nur die letztere Klage als diejenige, welche der citirte Art. 80 im Auge hat, betrachtet werden kann, da die Gültigerklärung des Arrestes nur eine formelle Bedeutung hat und die darauf gerichtete Klage daher so lange nicht

Digitized by Google

zur zwangsweisen Geltendmachung des Regreßanspruchs aus den fraglichen Wechseln führen konnte, als nicht auf Verurtheilung des Arrestaten zur Zahlung der Wechselsumme geklagt und erkannt worden war;

Daß die Anstellung einer Klage der letzteren Art nicht nachgewiesen, die Verjährung daher auch durch die Arrestprocedur nicht unterbrochen worden und die Incidentberufung sich demnach, ohne daß es auf die sonstigen vom Incidentappellanten dafür vorgebrachten Gründe ankömmt, ihrem ganzen Umfange nach als begründet darstellt;

Daß die Hauptberufung sich hiernach erledigt.

Aus diesen Gründen

ändert der Appell.-Ger.-Hof auf die Incidentberufung das Urtheil des Handelsgerichts zu Trier vom 31. Juli 1865 dahin ab, daß es den Appellanten mit seinen auf Grund folgender Wechsel (1 u. 2) zum Passivstatus des Falliments von Benjamin Strauß angemeldeten Forderungen abweist;

Erklärt hierdurch die Hauptberufung für erledigt.

I. Senat. Sitzung vom 11. Juli 1866.

Advokaten: Esser I. jun. — Compes.

Lieferungsort. — Competenz des Handelsgerichts.

Die Bestimmung des Art. 420 Schlußsatz der B.-Pr.-O. wonach der Beklagte vor dasjenige Handelsgericht geladen werden kann, in dessen Bezirk die Zahlung erfolgen sollte, bezieht sich nicht blos auf die Leistung des Käufers, sondern auch auf die vom Verkäufer zu vollziehende Lieferung der Waare.

Der Ausdruck „lieferbar Franco-Station N." enthält nicht blos eine Bestimmung über die Fracht, sondern spricht auch dafür, daß Station N. als Lieferungsort vereinbart war. Dieser Ausdruck ist übrigens stets in Zusammenhang mit allen andern auf den Lieferungsort Bezug habenden Momenten aufzufassen.

Weyers — Klein.

J. E., daß die Art. 324 und 342 des allg. H.-G.-B. bei der Entscheidung über den Ort der Erfüllung eines Ver-

Digitized by Google

trags vor allem und ehe auf den Ort der Handelsniederlassung des Verpflichteten zurückzugehen ist, auf die Bestimmung beim Vertrag und auf die Absicht der Contrahenten gesehen wissen wollen;

Daß nach den Erklärungen der Parteien und dem Ergebniß des Zeugenverhörs die Waare nicht in der Weise von dem Appellanten bestellt wurde, daß der Appellat ihm dieselbe nach Viersen senden solle, in welchem Falle allerdings nach der Auffassung des Handelsstandes und des H.-G.-B. die Uebergabe der Waare durch den Verkäufer an dessen Ort bei der Verladung an den stillschweigend seiner Wahl überlassenen Frachtführer erfolgt sein würde, auch eine Nebenbestimmung des Vertrags, daß der Verkäufer die Kosten des Transports bis zur Station Viersen übernehme, für sich allein noch nicht hingereicht haben würde, um Viersen als den Ort, welcher für den Appellaten als der Ort der Erfüllung gelte, zu betrachten;

Daß vielmehr der bei dem Zustande-kommen des Vertrags in der Stipulation Franko Station Viersen lieferbar gebrauchte Ausdruck lieferbar an und für sich und in Verbindung mit den übrigen Umständen, insbesondere daß das Geschäft von dem in Lobberich wohnenden Agenten des Appellaten aufgesucht und zu Stande gebracht wurde, daß das Muster der Gerste sich dort befand, und die gedachte Clausel auch von dem contrahirenden Agenten selbst, welchem die Kenntniß von den Intentionen und Verhältnissen des Appellanten zuzutrauen ist, dahin verstanden wurde, daß die Worte Station Viersen nicht blos auf franco, sondern auch auf die Lieferung sich bezogen, die Annahme begründet, daß bei dem Contrakt die beiderseitige Absicht und Willenserklärung dahin ging, es solle die Herkunft der Waare und ihr Transport, auch abgesehen von den Kosten desselben, den Appellanten nicht betreffen, und alles dasjenige, was vor der Lieferung auf der Station Viersen mit der für ihn bestimmten Waare geschehe, ihm fremd sein, so daß die Verpflichtung des Verkäufers zur Uebergabe erst bei der Ueberlieferung auf der Station Viersen zur Ausführung kommen konnte;

J. E., daß wenn diesemnach Viersen für den Appellaten als Verkäufer der Ort der Erfüllung war, die Klage gegen ihn bei dem auf Grund des Art. 420 der B.-Pr.-O. competenten Gerichte erhoben worden ist;

Digitized by Google

Daß nämlich so wie überhaupt die beiden in dem zweiten und dritten Absatz dieses Artikels bestimmten besonderen Gerichtsstände in Handelssachen nach feststehender Rechtsprechung nicht dem engen Wortlaute nach auf Kaufgeschäfte sich beschränken, sondern auch auf sonstige Handelsgeschäfte anzuwenden sind, so auch in dem dritten Absatz der Ausdruck: wo die Zahlung bewerkstelligt werden sollte, nicht blos von der Zahlung des Käufers zu verstehen, sondern in dem weiteren Sinne, welchen dies Wort in Art. 1235 ff. des B.-G.-B. hat, aufzufassen und anzuwenden, also auch von der dem Verkäufer obliegenden Verpflichtung zur Lieferung der Waare zu verstehen ist;

Daß der Appellat deshalb nach dem Obigen wegen Nichterfüllung bei dem Handelsgericht zu Gladbach belangt werden konnte, und das Urtheil a quo der Reformation unterliegt, ohne daß in Betracht kommt, wo der Appellant als Käufer zu erfüllen hatte, und daß der erste Richter in dieser Beziehung bei Berücksichtigung des Art. 325 des H.-G.-B. die Schlußbestimmung dieses Artikels übersehen hat;

J. E., daß der Rechtsstreit nicht in der Lage ist, um schon jetzt durch Evokation in der Hauptsache entschieden zu werden;

Aus diesen Gründen

reformirt der Appell.-Ger.-Hof das Urtheil des Handelsgerichts zu Gladbach vom 1. Juni 1866, verwirft die gegen die Klage erhobene Einrede der Incompetenz, und weis't die Parteien zur Fortsetzung des Rechtsstreits an den ersten Richter zurück.

III. Senat. Sitzung vom 6. November 1866.

Advokaten: Herbertz — Franken.

Beneficium. — Kirchenvorstand.

In den vormals bergischen Gebietstheilen der Rheinprovinz steht dem Inhaber einer Pfründe und nicht dem Kirchenvorstand das Verfügungsrecht über das Beneficium und insbesondere dem letztern nicht das Recht zu, über die

Digitized by Google

Wiederanlage und die Art der Wiederanlage von Bestandtheilen des Beneficiums bez. des aus der Veräußerung erlösten Geldes zu verfügen.

Kalt — Kirchenvorstand zu Wipperfürth.

Im vorigen Jahrhundert war von einem Privatmanne ad altare St. Michaelis in der Pfarrkirche zu Wipperfürth ein Beneficium gestiftet und mit einem Landgut dotirt worden. Die Rechte des Patrons sollten von den Verwandten des Stifters und bei dem Aussterben von dem Magistrat von Wipperfürth ausgeübt werden. Dasselbe wurde später insoweit in ein Beneficium curatum verwandelt, als der Inhaber zur Aushülfe bei der Seelsorge in der Pfarrei Wipperfürth verpflichtet wurde. Diese Pfründe wurde nach vorausgegangener Cautionsstellung für die gute Verwaltung dem Kaplan Kalt übertragen. Im Jahr 1866 waren Kaplan und Pfarrer darüber einverstanden, daß es im Interresse des Beneficiums liege, wenn einige Morgen 70—80 jähriger hochstämmiger Kiefernbestand, so wie einige Morgen 18—20 jähriger Kiefernbestand geschlagen und der Boden in Ackerland verwandelt würde. Der Kaplan hatte sich hierauf damit einverstanden erklärt, daß der Kirchenvorstand bei Gelegenheit einer andern Versteigerung, auch das Holz dieser Waldbestände mit veräußere. Vor der Versteigerung waren jedoch Differenzen über die Art der Wiederveranlagung des Erlöses entstanden und dies bestimmte den Kaplan in der am 28. Dezember 1866 erfolgten Versteigerung, nach deren Bedingungen der Steigpreis an den Kirchenrendanten bezahlt werden sollte, das Holz selbst anzukaufen und zwar zu einem den wirklichen Werth übersteigenden Preis. Der Kirchenvorstand verlangte Zahlung, der Kaplan Kalt verweigerte dieselbe, weil ihm allein das Verfügungsrecht über das geschlagene Holz zustehe. Das General-Vikariat, welchem der Streit zunächst vorgelegt wurde, entschied dahin, daß Kalt berechtigt sei, den Erlös aus dem 26jährigen Bestand als Schlagholz für sich zu behalten, den Erlös aus dem hochstämmigen Holze jedoch an den Kirchenrendanten zahlen müsse. Bei fortgesetzter Weigerung klagte der Kirchenvorstand auf Zahlung der ganzen Summe. Das Landgericht in Köln verurtheilte den Kalt, weil seine Zahlungs-

Digitized by Google

Verbindlichkeit feststehe durch das Versteigerungsprotokoll. Auf die Berufung des Kalt wurde hauptsächlich gestritten über die Rechte des Beneficiaten und die Stellung des Kirchenvorstandes zu demselben. Der Hof erlies folgendes

Urtheil:

I. E., daß der wesentliche Streitpunkt des gegenwärtigen Prozesses, über welchen zunächst zu entscheiden ist, darin besteht: ob der Geldbetrag, welcher den Preis oder den Werth des im Namen des appellatischen Kirchenvorstandes am 28. Dezember 1860 zur Versteigerung gebrachten Holzes repräsentirt, der Verfügung des Kirchenvorstandes unterliegt oder ob der Appellant Kalt als Benficiat berechtigt ist, seinerseits die Verwendung desselben in's Werk zu setzen, da in dem letzteren Falle das Verlangen, daß von dem Appellanten dasjenige zur Kirchenkasse gezahlt werde, was diese an den Appellanten Kalt wieder herauszuzahlen hätte, in sich ungerechtfertigt sein würde;

I. E., daß die Grundstücke, von deren Holzaufwuchs die Rede ist, unbestritten zur Dotation des Beneficiums ad altare St. Michaelis in der Pfarrkirche zu Wipperfürth gehören;

Daß gemäß den vorgelegten Urkunden dieses Beneficium im vorigen Jahrhundert als ein Beneficium simplex errichtet, das Patronat bei demselben gewissen Verwandten der Fundatoren, nach deren Ableben dem Magistrat zu Wipperfürth, event. dem Generalvikar überwiesen, und verordnet ist, daß jedesmal der zum Beneficium Berufene, welcher vorzugsweise aus den Verwandten der Fundatoren oder den Einwohnern von Wipperfürth genommen werden soll, dafür daß er die Güter des Beneficiums nicht deteriorire, eine Caution zu bestellen habe, bevor er in den Genuß des Beneficiums eingeführt werden könne;

Daß dies Beneficium simplex durch erzbischöfliche Verfügung vom 23. Dezember 1845 zum Curatbeneficium erhoben wurde, indem der jedesmalige Pfründer zur Aushülfe bei der Seelsorge in der Pfarre zu Wipperfürth verpflichtet erklärt ist, jedoch, wie es auch in der Verfügung ausdrücklich heißt, ohne anderweitig die stiftungsmäßigen Rechte und Obliegenheiten in irgend einer Art zu ändern;

Digitized by Google

Daß die Güter des in der gedachten Weise organisirten Beneficiums, welches gemäß der Urkunde vom 15. März 1852 dem Appellanten als einem Verwandten der Stifter und nach geleisteter Caution conferirt worden ist, und welches er nach erfolgter Investitur als Beneficiat in Genuß hat, ein besonderes Vermögen bilden, welches zu der Kirchenfabrik von Wipperfürth nicht gehört;

J. E., daß nach der übereinstimmenden Erklärung beider Parteien der Holzaufwuchs, um welchen es sich handelt, zu dem von beiden Seiten genehmigten Zwecke in Angriff genommen worden ist, um aus dem Ertrage desselben, so weit er nicht etwa dem Beneficiaten als Nutznießer zukommen sollte, die bis dahin als Holzungen wenig einträglichen Grundstücke zu verbessern und die Kosten zu bestreiten, welche erforderlich sind, um sie zu einer andern Cultur geeignet zu machen;

Daß diesemnach, wenngleich die Fällung des Holzes so weit sie über die Berechtigung des Beneficiaten zum Genusse hinausging, an sich die Substanz des Beneficiums angriff, doch im Verhältniß der Parteien ein Anspruch gegen den Appellanten Kalt wegen Deterioration der Substanz des Beneficiums und auf Ersatz eines dem letzteren zugefügten Schadens nicht in Rede steht, daher auch hier nicht zu untersuchen ist, ob in dieser Beziehung der Kirchenvorstand qualificirt sein würde, das Beneficium dem Beneficiaten gegenüber zu vertreten, vielmehr davon auszugehen ist, daß eine Geschäftsführung für das Beneficium durch die Fällung des Holzes begonnen worden, welche durch die Verwendung des dies Holz repräsentirenden Geldes, so weit das Holz nicht dem Beneficiaten für sich zukommt, zur Vollendung gebracht werden soll, und die zwischen den Parteien streitige Frage: ob dem Appellanten Kalt die betreffenden Ausführungshandlungen zustehen, für den vorliegenden Rechtsstreit entscheidet;

J. E., daß der appellatische Kirchenvorstand aus den ihm als solchen beiwohnenden Funktionen ein eigenes Verfügungs- oder Verwaltungsrecht über Vermögensbestandtheile des Beneficiums, welches kein Fabrikgut ist, nicht dargethan hat, und die Gesetze und Verordnungen, welche er dafür anführt, theils die rechtsrheinischen Landestheile nicht betreffen, theils auf Pfründen keinen Bezug haben;

Digitized by Google

Daß insbesondere das Decret vom 6. November 1813 in dem ehemaligen Großherzogthum Berg nicht publizirt ist, und schon deshalb auf die Dotationen der Pfarreien und Beneficien der rechten Rheinseite des Bezirks keine Anwendung findet, abgesehen von der Frage, wie weit die Attributionen, welche jenes Decret den Kirchenfabriken beigelegt hat, in der hier in Rede stehenden Beziehung reichen;

Daß auch die Instruktion des erzbischöflichen General-Vikariats vom 1. September 1849, sofern dieselbe überhaupt in den Rechtsverhältnissen eine Aenderung bewirkt haben sollte, mit Unrecht von dem appellatischen Kirchenvorstande für sich angerufen wird, indem dieselbe den Kirchenvorständen auf dem rechten Rheinufer der Diöcese eine Verwaltung des Kirchenfabrik- und Stiftungsvermögens zuschreibt, dagegen sogar ausdrücklich erklärt, daß die Verwaltung des Vermögens der Pfarrstellen und sonstiger besonderer Pfründen wie bisher den darauf angestellten Geistlichen unter Aufsicht der Kirchenvorstände hinsichtlich der Erhaltung und Sicherstellung der Substanz derselben verbleibe;

Daß eine solche Aufsicht aber offenbar mit einem eigenen unmittelbaren Recht, die zu beaufsichtigende Verfügung selbst vorzunehmen, nicht verwechselt werden kann;

J. E., daß dagegen der Inhaber einer Pfründe nach kanonischem Recht zu dem Beneficium, mit welchem er investirt ist, in einem dem Rechte des Vasallen beim Lehne analogen Verhältnisse steht, das Beneficium in dinglicher Beziehung in Gränzen, welche über das Verhältniß eines bloßen Nutznießers hinausgehen, vertritt, und in dieser Stellung ähnlich wie es auch bei dem Fideicommissar eines Familienfideicommisses der Fall ist, zu nöthigen oder evident nützlichen Handlungen in Betreff der Substanz zunächst den Beruf hat;

Daß in dieser Auffassung in c. 5 X. de pecul. clericor. eine Befugniß des Pfründners zur Veränderung der Oberfläche des Beneficial-Grundstücks behufs einer mehr einträglichen Cultur vorausgesetzt wird;

Daß die Vorschrift der Decret. Synodal. Maximilian Heinrichs in Tit. 12 u. 6, welche speciell von den arbores non caeduae der Beneficien handelt, an die Beneficiaten gerichtet ist, und diesen die Verwendung des Preises derselben zur

Digitized by Google

Verbesserung des Beneficiums zur Pflicht macht, gegenüber dem Tit. XIII., in welchem von den Fabrikgütern und den Funktionen der Kirchmeister die Rede ist, daß die Vorschrift des Einholens einer höheren Ermächtigung zu derartigen Dispositionen des Beneficiaten in Betreff der Substanz, wie solche insbesondere wegen Fällung der arbores non caeduae in der angeführten Stelle der Synodalstatuten von Maximilian Heinrich sich findet, (desgleichen auch selbst das Decret vom 6. November 1813 in Art. 8 und folg.) keinen Grund dafür ausmacht, daß eine andere Person oder Behörde, welche selbst über das Beneficium nicht zu disponiren hat, berechtigt sei, die Ausführung der Dispositionshandlung sich anzueignen, und zumal in einem Falle, wo, wie vorliegend, von ihr selbst angenommen ist, daß es sich um eine Verbesserung des Beneficiums handelt, die Person des Beneficiaten zu beseitigen;

Daß dem Beneficiaten in dieser Weise die Ausführung der beabsichtigten Verbesserung und die Disposition über die Art und Weise, in welcher dieselbe in's Werk gesetzt werden soll, um so weniger entzogen werden kann, als er es ist, welcher mit der von ihm bestellten Caution und mit seinem sonstigen Vermögen persönlich für die ganze hier in Rede stehende Behandlung der Grundstücke verantwortlich ist, und sofern das Beneficium dadurch deteriorirt oder das der Substanz desselben Entzogene nicht nützlich für die Substanz verwendet werden sollte, dem berechtigten Vertreter des Beneficiums und insbesondere auch seinem Nachfolger in demselben haftet;

Daß der Appellat Kalt auf seine Befugniß nicht dadurch verzichtet hat, daß er geschehen ließ, daß der Kirchenvorstand zu Wipperfürth den Holzaufwuchs der Grundstücke des Beneficiums zugleich mit anderm Holze, welches der Kirchenfabrik gehörte, zur Versteigerung aussetzen ließ, und so die Veräußerung und die Einziehung des Preises erleichterte;

Daß ferner auch darin, daß er selbst das Holz ansteigerte, um so weniger eine Uebertragung seiner Rechte in Betreff der Verwendung auf den Kirchenvorstand gefunden werden kann, als die Erklärung, daß er in erkennbarer Weise weit über den Werth geboten, um sich in dem Besitz des Holzes zu erhalten, weil er inzwischen erfahren, daß der Kirchenvorstand das Geld seinen Intentionen entgegen verwenden wolle, in

Digitized by Google

dem späteren Beschluß des Kirchenvorstandes, sich mit dem Appellanten Kalt auf Zahlung der Taxe zu verständigen, Unterstützung findet;

Daß diesemnach die Erwägungen des ersten Richters, welche lediglich die Versteigerung in's Auge fassen, ohne das sonstige Verhältniß der Parteien zu berücksichtigen, nicht zutreffend erscheinen, und ebensowenig hier zu entscheiden ist, wie viel von dem Holze dem Beneficiaten eigenthümlich gehöre und wie viel dem Beneficium zukomme und für dasselbe zu verwenden sei, da dieser Punkt, in dessen Beziehung der Appellant Kalt übrigens die Absicht, nachgiebig sein zu wollen, zu erkennen gegeben hat, nicht der Gegenstand des gegenwärtigen Rechtsstreits ist, sondern erst dann zur richterlichen Entscheidung kommen würde, wenn der Beneficiat wegen stattgehabter Deterioration des Beneficiums oder Unterlassung der dem Nutzen des Beneficiums und seiner Verpflichtung entsprechenden Verwendung von der dazu berechtigten Person in Anspruch genommen werden sollte;

Aus diesen Gründen

reformirt der Appell.-Ger.-Hof das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln vom 3. Januar 1865, weis't die gegen die Appellanten erhobene Klage als unbegründet ab, und verurtheilt den appellatischen Kirchenvorstand in die Kosten beider Instanzen, verordnet die Rückgabe der Succumbenzgelder.

III. Senat. Sitzung vom 7. November 1866.

Advokaten: von Hontheim — Wallraf.

Kauf. — Irrthum.

Wird in einem Kaufgeschäft der Kaufpreis abhängig gemacht von der noch näher festzustellenden Qualität des Objects und ergibt sich bei Ermittelung dieser Qualität, daß der Käufer keine Gegenleistung zu erfüllen hat, so ist kein Kauf zu Stande gekommen. Verkäufer erhält die Waare, Käufer seine Abschlagszahlungen zurück. Hat der letztere die Waare preiswürdig an einen Dritten verkauft, so ist

dies als eine negotiorum gestio für den Verkäufer zu betrachten.

Ihne — Kraus.

Der Grubendirector Ihne verkaufte am 24. März 1864 an Kraus 1200 auf dem Kölner Eisenbahnhof lagernde Centner Zinkblende und 100 Centner, welche noch zu liefern waren und auch später geliefert wurden. Bei Bestimmung des Kaufpreises nahm man einen bestimmten Procentsatz reinen Zinks an und verabredete, daß der wirkliche Inhalt der verkauften Masse durch Expertise festgestellt nnd der Käufer gehalten sein sollte, für jedes Procent mehr eine bestimmte Summe an Kaufpreis mehr zu zahlen, dagegen für jedes Procent weniger, solle eine bestimmte und zwar größere Summe als beim Zusatz in Abzug kommen. Kraus leistete eine Abschlagszahlung von 700 Thlr. Die Expertise kam in Folge Versäumniß des Verkäufers erst am 8. September 1865 zu Stande. Nach derselben stellte sich ein so geringer Procentsatz an Zinkgehalt heraus, daß unter Anwendung der im Vertrag festgesetzten Scala für den Verkäufer nicht nur kein Kaufpreis, sondern sogar sich ein minus von 164 Thlr. ergab. Vor beendigter Expertise hatte Käufer die Waare für 83 Thlr. an die Gesellschaft Corphalie verkauft. Hierauf klagte der Käufer auf Zahlung der 164 Thlr. und außerdem auf vollen Schadenserſatz, das Handelsgericht zu Köln wies zwar das erste Petitium zurück, sprach jedoch dem Antrag auf Schadenserſatz zu. Auf die von dem Beklagten Ihne erhobene Haupt- und die vom Kläger erhobene Incidentberufung erkannte der Rhein. Appell.-Ger.-Hof wie folgt:

J. E. zur Hauptberufung soviel die erstrichterliche Entscheidung selbst anbelangt, daß das in Frage befindliche Rechtsgeschäft nach der dasselbe beurkundenden Scriptur vom 24. März 1864 sich als ein Kauf, beziehungsweise Verkauf von 1200, bereits auf dem hiesigen Güterbahnhofe lagernden Centnern und weiteren 100 Centnern in kürzester Frist dahin noch zu bringender, demnächst auch wirklich dahin gebrachter Blende darstellt, deren Preis einer bestimmt bezeichneten Norm gemäß nach dem Zinkgehalte der Blende sich richten und unverweilt durch die Contrahenten ermittelt werden solle;

Daß die, zufolge der Säumigkeit des Hauptappellanten

Digitized by Google

in letztgedachter Beziehung, durch den gerichtlich ernannten Sachverständigen am 8. September 1865 vorgenommenen, von beiden Parteien als richtig anerkannte Expertise als Resultat ergeben hat, daß, in Gemäßheit der zuvorgedachten Preis-Ermittelungs-Norm, der Hauptappellant für seine Waare nicht blos keine Vergütung zu erhalten, sondern überdies auch noch die den Gegenstand der Incidentberufung bildende Summe von 164 Thlr. 25 Sgr. 11 Pfg. hinzu zu zahlen haben würde;

Daß dieses Ergebniß keinem Zweifel darüber Raum läßt, daß beide Contrahenten, bei ihrer Vereinbarung, hinsichtlich der Qualität des Vertragsgegenstandes von einer irrigen thatsächlichen Unterstellung ausgegangen sind, zufolge welchen Irrthums es an einer Gegenleistung auf Seiten des Käufers, also an einem wesentlichen Elemente des beabsichtigten Rechtsgeschäftes, fehlt, da nach der Natur des Kaufvertrages, wie nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 1382 des B.-G.-B., der durch den Kauf übertragenen Sache ein vom Käufer dafür zu entrichtender Preis entsprechen muß;

Daß hiernach das in Rede stehende Vertragsverhältniß als ein Kaufgeschäft nicht in Betracht kommen kann, und zwar auch dann nicht, wenn man mit dem ersten Richter es mit der Scriptur vom 24. März 1864 in Verbindung mit dem Ergebniß der Expertise vereinbar finden könnte, daß der Käufer nur einen Anspruch auf unentgeldliche Ueberlassung des Kaufobjectes, nicht aber auch noch auf eine weitere Herauszahlung des Verkäufers an ihn habe;

I. E., daß es auch nicht stichhaltig erscheint, wenn der Hauptappellat dem fraglichen Geschäfte in der Art eine rechtsbeständige Unterlage zu geben versucht, daß er dasselbe als ein mit Wagniß verbundenes qualificirt, in dessen Natur es liege, daß möglicher Weise vom Verkäufer, zum Zwecke der Schadloshaltung des Käufers, noch eine Herauszahlung an letzteren, statt der Zahlung eines Preises durch denselben zu erfolgen habe, da die aus der schlechten Qualität einer verkauften Sache hervorgehende Schadensersatzpflicht immer vorerst ein zur Perfektion gekommenes Kaufgeschäft, mithin einen reellen Preis, unterstellt, an welchem es vorliegend mangelt;

Daß, wenn solche Unterstellung hier nicht Platz greifen, vielmehr das Uebereinkommen in der Art zu deuten sein sollte,

Digitized by Google

daß von der noch ungewissen, erst zu ermittelnden Qualität der Waare es schlechthin abhängig gemacht sei, ob überhaupt etwas dafür zu zahlen, oder gar von dem bisherigen Eigenthümer derselben noch eine weitere Herausgabe an den Mitcontrahenten zu machen sein werde, das Geschäft unter den Gesichtspunkt der Glücksverträge, namentlich der Wette, fallen und demzufolge, nach Art. 1965 des B.-G.-B., nicht klagbar sein würde;

Daß übrigens aber auch die früheren Auslassungen der Parteien, und hinsichtlich des Hauptappellaten namentlich der Umstand, daß derselbe sofort eine Anzahlung von 700 Thlrn. auf die Waare gemacht hat, unverkennbar darthun, wie ein reines Kaufgeschäft im Sinne des Art. 1582 des B.-G.-B. beabsichtigt war;

J. E., daß endlich auch von einer Schadloshaltung des Hauptappellaten aus dem event. für ihn noch geltend gemachten Grunde, weil die Gegenseite verpflichtet gewesen sei, eine wirkliche preishabende Waare zu liefern, keine Rede sein kann, da ein concreter, bestimmt bezeichneter Gegenstand, ohne irgend eine Gewährleistung in Betreff seiner Qualität, den Gegenstand des Handels gebildet hat, weshalb denn auch der Anspruch sich ebenwenig von dem Gesichtspunkte einer Conventionalstrafe aus begründen läßt;

J. E. daß, wenn nach Vorstehendem der Vertrag vom 24. März 1864 sich als hinfällig und wirkungslos darstellt, hieraus zunächst folgt, daß dem Hauptappellanten die ihm gehörige Blende, dem Hauptappellaten aber die von ihm geleistete Anzahlung zurück zu erstatten ist;

Daß nun aber von Ersterem artikulirt wird, daß er im beiderseitigen Interresse die von ihm in Besitz genommene Blende an die Gesellschaft Corphalie für 83 Thlr. 29 Sgr. 8 Pfg. verkauft habe und daß dieser Erlös dem Werthe der Waare vollkommen entsprechend gewesen sei;

Daß, die Richtigkeit dieser letzteren Behauptung unterstellt, solcher Verkauf allerdings als eine Geschäftsführung zum Nutzen des Hauptappellanten zu erachten sein würde, da ein längeres Lagern der Blende unzweifelhaft ein Verderben derselben und unverhältnißmäßige Auslagen zur Folge gehabt haben würde, wonach denn nur noch auf den in Betreff der, vom Hauptappellanten nicht zu gebenen Angemessenheit des Preises erbotene Beweis zu erkennen bleibt;

Digitized by Google

J. E., soviel die Seitens des Hauptappellaten unabhängig von der Rechtsbeständigkeit des Vertrages geforderte Schadloshaltung anbelangt, daß durch das rechtskräftige Urtheil des hiesigen Königl. Handelsgerichtes vom 29. Juli 1864 der Hauptappellant für allen Schaden verantwortlich erklärt ist, welcher dem Hauptappellaten durch die verspätete Ueberlieferung der Blende und event. durch die Nichterfüllung der Vertragsverbindlichkeiten Seitens des Ersteren erwachsen ist;

Daß zufolge der nunmehr zu erkennenden Wirkungslosigkeit des Vertrages letztere Eventualität theilweise cessirt, der für die verspätete Ueberlieferung zu leistende Schadensersatz aber durch dessen Säumigkeit in Bezug auf die Abwägung und Analyse der Blende sich motivirt, mithin, nach Maßgabe des in der Sommation vom 27. April 1864 gestellten Termines, mit dem 29. April 1864 beginnt;

Daß hiernach der Hauptappellant von letztgedachtem Tage an die ihm vorausgezahlten 700 Thlr. bis zur Rückzahlung dieser Summe zum Zwecke der Ausgleichung des fraglichen Schadens, mit 6 Procent zu verzinsen hat;

Daß er auch die Kosten der durch sein Verhalten nothwendig gewordenen Expertise und der darauf bezüglichen Acte, zusammen 39 Thlr. 27 Sgr. 5 Pfg. so wie die weiter im Urtheile a quo unter Nro. 3 aufgeführten Beträge, nebst Zinsen vom Tage der Klage, an den Hauptappellaten zurück zu erstatten hat, da letztere Auslagen, wie im Urtheile a quo sich dargelegt findet, theils durch seine gedachte Säumigkeit, theils durch die Beförderung der Blende an den Ort der Ablieferung, theils endlich durch das Lagern daselbst entstanden sind;

Daß auch der Betrag dieser Positionen durch die vorliegenden Rechnungen für zureichend justifizirt zu erachten ist, zumal da, wie der erste Richter konstatirt, von demselben in dieser Beziehung Seitens des damaligen Verklagten kein Einwand erhoben worden ist.

J. E. daß, so viel die Incidentberufung anbelangt, dieselbe nach dem Ausgeführten sich von selbst zum Nachtheile des Incident-Appellanten erledigt;

Aus diesen Gründen

hebt der Königl. Rhein. Appell.-Ger.-Hof, über die gegen das Urtheil des Königl. Handelsgerichtes zu Köln vom 3.

Digitized by Google

Januar 1866 eingelegte Hauptberufung erkennend, dieſes Urtheil auf;

Erklärt, an deſſen Statt erkennend, den unter den Parteien am 24. März 1864 über 1300 Centner Blende abgeſchloſſenen Vertrag für ungültig und wirkungslos;

Verurtheilt den Hauptappellanten Wilhelm Ihne zur Zahlung von 700 Thlr. nebſt Zinſen zu 6 Procent vom 29. April 1864 ab, an den Hauptappellaten Wilhelm Kraus, ſo wie ferner von 217 Thlr. 29 Sgr. 5 Pfg. nebſt Zinſen zu 6 Procent, vom Tage der Klage ab (25. November 1865;)

Erklärt dieſe Verurtheilungen auch durch Körperhaft vollſtreckbar;

Gibt, bevor er über die dem Hauptappellanten gebührende Rückerſtattung definitiv zu Recht erkennt, dem Hauptappellaten den, durch Zeugen und Sachverſtändige zu führenden Beweis auf, daß er die in Frage ſtehende Blende im Auguſt 1865 an die Geſellſchaft Corphalie für 83 Thlr. 29 Sgr. 8 Pfg. verkauft hat, und daß dieſer Preis dem wirklichen Werthe der Blende entſprechend war;

Verwirft die Incidentberufung und verordnet die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzſtrafe.

I. Senat. Sitzung vom 30. Oktober 1866.

Advokaten: Forſt — Nacken.

Schenkungen eines Ehegatten an den andern im Heirathsvertrag. — Widerruflichkeit wegen Undanks.

Schenkungen eines Ehegatten an den andern im Heirathsvertrag ſind wegen Undanks widerrufbar. *)

Nell — Mieſen.

Die Erben der Ehefrau Nell klagten gegen deren Ehemann auf Herausgabe der im Ehevertrag ſeitens der Frau Nell ihrem Ehemanne gemachten Schenkungen wegen Mißhandlung und

*) Cf. die entgegengeſetzte Entſcheidung des Appellhofs in der Sache Bogen — Bogen, Rhein. Archiv Band 59 Seite 109 und die des Caſſationshofs in derſelben Sache in dieſem Bande Seite 37.

Digitized by Google

erwirkten ein obſiegendes Urtheil beim Landgericht zu Coblenz. Nell ergriff die Berufung. Von Seiten des öffentl. Miniſteriums wurde die Zurückweiſung der Klage beantragt, weil die Schenkung eines Ehegatten an den andern im Ehevertrag ebenfalls unter den Begriff der Schenkung en faveur de mariage falle und daher wegen Undanks nicht widerrufbar ſei. Es wurde für dieſe Anſicht zunächſt entwickelt, daß die Faſſung der betreffenden Geſetzesſtellen die Subſumirung der Schenkungen unter Ehegatten unter jenen Begriff geſtatte und jedenfalls keine Anhaltspunkte für die Ausſchließung darbiete. Die Faſſung des Geſetzes geſtatte daher dem Richter eine durchaus freie Bewegung und ſei der Richter verpflichtet die Nichtwiderrufbarkeit als Geſetz anzunehmen, ſobald dieſe Eigenſchaft ſich als das nothwendige Reſultat der innern Natur aller Schenkungen in einem Ehevertrag ergebe. Die Jurisprudenz vor Einführung des B.-G.-B. binde um ſo weniger die Gegenwart, als die Geſetzgebung nicht identiſch ſei. Wenn bei den geſetzgeberiſchen Verhandlungen zum B.-G.-B. von den einzelnen geſetzgeberiſchen Factoren für die Unwiderrufbarkeit ein Grund (die Intereſſen der Kinder) angeführt werde, welcher nur bei den Schenkungen Dritter im Ehevertrag Anwendung finde, ſo folge daraus nur, daß der Geſetzgeber bei der Begründung eine beſtimmte Gattung von Schenkungen vor Augen gehabt habe, es folge aber daraus noch nicht der feſte Wille des Geſetzgebers den Richter in ſeiner freien Bewegung zu beſchränken und zu nöthigen, auch nur dieſe eine Gattung von Schenkungen als Schenkungen en faveur de mariage und ſomit als nicht widerrufbar anzunehmen. In der freien Erforſchung eines Rechtsinſtituts könne der Richter nur durch die ausdrückliche Faſſung des poſitiven Geſetzes oder den in den Motiven klar ausgeſprochenen Willen des Geſetzgebers, nicht aber ſchon dadurch beſchränkt werden, daß der Geſetzgeber nur eine einzelne Seite des Rechtsinſtituts in's Auge gefaßt habe. Es ſei aber auch die Anſicht, daß von allen Factoren der Geſetzgebung nur das Interreſſe der Kinder als Grund für die Unwiderrufbarkeit hervorgehoben werde, nicht einmal richtig, vielmehr habe die Geſetzgebungs-Section des Tribunals ſchon die weiter gehende Auffaſſung getheilt, daß die Schenkungen en faveur de mariage die Grundlage bildeten, auf welcher ſich die Familie aufbaue, ein Grund, welcher

Digitized by Google

ebenso sehr die Schenkungen unter Eheleuten, wie diejenige Dritter treffe. Dieser Grund berühre die wahre innere Statur aller Schenkungen im Ehevertrag. Dieselben bildeten und zwar ganz besonders die Schenkungen der künftigen Eheleute keine reinen Liberalitäten, sondern hätten den Zweck die Gründung einer Ehe herbeizuführen, die vermögensrechtliche Basis dieser Ehe zu fixiren; seien zum Theil für die Eheschließenden Bestimmungsgrund und Bedingung zur Eingehung der Ehe. Die Schenkungen sowohl die Dritter als diejenigen der Eheleute erscheinen nur als Theile des Ehevertrags. Hieraus folge mit Nothwendigkeit, daß auch diese Schenkungen unwiderrufbar seien und nur unter den Gesetzen über die Auflösung der Ehe stehen könnten. Dasselbe Resultat ergebe sich, wenn man mehr die persönliche Stellung der Ehegatten zu einander in's Auge fasse. Das gegenseitige Verhalten der Ehegatten zu einander und die daraus sich ergebenden Folgen seien durch die Grundsätze über die Ehe geordnet. In dem Gesetz der Ehe seien alle sonstigen zwischen Nicht-Eheleuten denkbaren aus besondern Rechtsgeschäften sich ergebenden Beziehungen und Pflichten, wie die der Dankbarkeit, absorbirt. Der ganze Begriff der Dankbarkeit falle zwischen Eheleuten weg. Der Gerichtshof erkannte jedoch in entgegengesetztem Sinne durch nachstehendes

Urtheil:

J. E., daß der erste Richter aus den Aussagen der vernommenen Zeugen mit Recht den Beweis entnommen hat, daß der Appellant sich gegen seine Ehefrau solcher Mißhandlungen schuldig gemacht hat, welche nach Art. 955 des B.-G.-B. den Widerruf einer Schenkung wegen Undanks rechtfertigen und in dieser Beziehung den Gründen des ersten Richters nun beigetreten werden kann;

Daß daher die Entscheidung über die vorliegende Berufung nur noch von der Frage abhängt, ob die in einem Ehevertrage von einem der Ehegatten dem andern gemachte Schenkung der Widerrufbarkeit wegen Undanks entzogen sei, und ob namentlich, wie Appellant behauptet, die Ausnahme-Verfügung des Art. 959 ibid., gemäß welcher die zum Vortheil der Ehe gemachten Schenkungen wegen Undanks nicht widerrufen werden können, auch die im Ehevertrage enthaltene Schenkung eines Ehegatten an den andern umfaßt, oder ob

dieſelbe auf Schenkungen Dritter an die Ehegatten oder einen derſelben zu beſchränken iſt;

J. E. daß, was die rein ſprachliche Deutung des Ausdruckes: „Schenkung zum Vortheile der Ehe (en faveur de mariage)“ betrifft, nicht zu verkennen iſt, daß der Ausdruck in einem engern und einem weitern Sinne verſtanden und angewendet werden kann, je nachdem man den die Ehe begünſtigenden Einfluß als einen ſolchen auffaßt, welcher den Abſchluß der Ehe befördert, oder aber als einen ſolchen, der auch nach Abſchluß der Ehe ſich fortdauernd geltend macht, indem er zu Gunſten der in der Ehe verbundenen Perſonen ſo wie der aus der Ehe hervorgehenden Kinder für den durch die Ehe und die neue Familie verurſachten Vermögensaufwand Befriedigungsmittel liefert;

Daß in jenem weitern Sinne der Ausdruck unzweifelhaft auch die Schenkung eines Ehegatten an den andern umfaßt, da ſie der Schenknehmer zur Eingehung der Ehe beſtimmen kann;

Daß dagegen für die Beſtreitung des durch die Ehe verurſachten Vermögensaufwandes es im Allgemeinen und von rein zufälligen Umſtänden abgeſehen durchaus gleichgültig iſt, ob gewiſſe Vermögensſtücke dem einen oder dem andern Ehegatten gehören, während Schenkungen, durch welche Dritte das Vermögen des einen oder andern Ehegatten oder beider vergrößert haben, einen ökonomiſchen Vortheil für die Ehe ſelbſt, das heißt für die in Folge der Ehe in Gemeinſchaft lebenden Ehegatten und Kinder bilden, deſſen Wegfall nicht ohne Beeinträchtigung dieſer gemeinſchaftlichen Intereſſen eintreten kann;

Daß daher der fragliche Ausdruck, in dieſem engern Sinne genommen, die Schenkungen der Ehegatten ſelbſt nicht mit umfaßt;

J. E., daß es dahin geſtellt bleiben kann, ob im Zweifel anzunehmen ſei, daß der Geſetzgeber, indem er ausnahmsweiſe verfügt, daß Schenkungen zu Gunſten der Ehe von der Regel der Widerrufbarkeit wegen Undanks ausgenommen ſein ſollen, den fraglichen Ausdruck in dem weitern Sinne angewendet habe, — da eine nähere Erforſchung des Willens des Geſetzgebers entſcheidende Gründe dahin liefert, daß derſelbe unter jenem Ausdrucke in der bezogenen Geſetzesſtelle

Digitized by Google

nur die Schenkungen Dritter von der Widerrufbarkeit hat ausnehmen wollen;

I. E., daß zur Feststellung des Sinnes, in welchem der Gesetzgeber einen in seiner Verfügung angewendeten Ausdruck gebraucht und diese Verfügung selbst verstanden hat, zunächst auf den zur Zeit der Erlassung des Gesetzes in der betreffenden Materie vorhandenen Rechtszustand und den damals üblichen Sprachgebrauch zurückzugehen ist, indem angenommen werden muß, daß dieser Rechtszustand dem Gesetzgeber gegenwärtig gewesen ist;

Daß nun bezüglich der Widerrufbarkeit der Schenkungen wegen Undanks in dem der Revolution vorhergehenden französischen Rechte nach dem Zeugnisse zahlreicher Schriftsteller und insbesondere Marlins, so wie nach Ausweis der zahlreichen von Letzterm mitgetheilten Urtheile höchster Gerichte (Rep. d. institut. contractuell. IX.) kein Zweifel darüber bestand, daß Schenkungen, die Ehegatten sich im Heirathsvertrage gemacht hatten, wie jede andere Schenkung — und zwar nicht blos als Folge der Trennung von Tisch und Bett, sondern auch unabhängig davon wegen Undanks widerrufbar waren;

Daß ferner, indem ein Theil der Autoren und die Jurisprudenz der Gerichte die zu Gunsten der Ehe gemachten Schenkungen von der Widerrufbarkeit ausnahm, einestheils hierunter nur die Schenkungen Dritter verstanden wurden, anderntheils der Grund für diese Ausnahme darin gefunden wurde, daß durch das undankbare Verhalten eines der Ehegatten nicht der andere Ehegatte und namentlich nicht die Kinder, zu deren Vortheil die Schenkung gereiche, benachtheiliget und nicht das für die Ehe bestimmte Vermögen verringert werden dürfe;

Daß hiernach die Redactoren des B.-G.-B., wenn sie sich bei Abfassung des Art. 959 den damaligen Rechtszustand vergegenwärtigten, vor Allem der Controverse gegenüberstanden, ob die zu Gunsten der Ehe gemachten Schenkungen, — diesen Ausdruck in dem engern Sinne von Schenkungen Dritter genommen — von der Widerrufbarkeit ausgenommen werden sollten, wohingegen sie sich mit der Widerrufbarkeit der Schenkungen unter Ehegatten nur dann zu beschäftigen hatten, wenn sie die Absicht hatten, den in diesem

Digitized by Google

Punkte unzweifelhaft feststehenden Rechtszustand der Widerrufbarkeit abzuändern;

Daß nun die Aeußerungen, welche aus verschiedenen Stadien der legislativen Vorberathung des Art. 959 vorliegen, mit ausreichender Zuverlässigkeit erkennen lassen, daß durch denselben die bis dahin bestehende Streitfrage bezüglich der Widerrufbarkeit der Schenkungen Dritter, der herrschenden Meinung entsprechend festgestellt, nicht aber die bis dahin unzweifelhafte Widerrufbarkeit der Schenkungen der Ehegatten selbst, unter Abänderung des geltenden Rechtes, ausgeschlossen werden sollte;

Daß nämlich zunächst, als der Entwurf des B.-G.-B., so wie er vom Staatsrath genehmigt war, in dem betreffenden Theile dem gesetzgebenden Körper vorgelegt wurde, Bigot-Préamneu (einer der 4 Redacteure des Entwurfs) den fraglichen Art. dahin erläuterte und rechtfertigte: «les donations en faveur de mariage sont excepté, par ce qu'elles ont pour objet les enfants à naitre, qui ne doivent pas être victimes de l'ingratitude du donataire.»

Daß hiermit der Vertreter der Regierung, und zwar nicht etwa in einer gelegentlichen Aeußerung sondern in einem Namens der Regierung abgestatteten und wohl vorbereiteten exposé des ganzen Abschnittes über Schenkungen und Testamente — zur Rechtfertigung des fraglichen Artikels gerade denjenigen Grund angibt, auf welchen die damals bestehende Jurisprudenz lediglich die Nichtwiderrufbarkeit der Schenkungen Dritter stützte, und welcher auf Schenkungen der Eheleute untereinander gar nicht anwendbar ist, — überdies die in dem Artikel unter dem Ausdruck «en faveur de mariage» bezeichneten Schenkungen als solche definirt, welche die zu erwartenden Kinder zum Gegenstand haben, also klar erkennen läßt, daß der Entwurf in der Auffassung derjenigen, die ihn ausgearbeitet hatten, und vorlegten, jenen Ausdruck nur in dem engern, die Schenkungen der Ehegatten nicht mitumfassenden Sinn anwende;

Daß die Gesetzgebungssection des Tribunats, welcher der Entwurf mit dem exposé der Regierung zur Vorberathung übergeben wurde, ganz dieselbe Auffassung von dem beschränkten Sinne jener Ausnahmebestimmung gehabt haben muß, da Jaubert, welcher Namens dieser Section dem Tribunat

Digitized by Google

einen ausführlichen Bericht vortrug, über diese Bestimmung sich dahin ausspricht: „le delit du donataire ne doit pas autoriser l'annulation d'un acte, sous la foi duquel une nouvelle famille s'était formée“ — so wie denn endlich auch der Redner des Tribunats, welcher Namens desselben in einem ausführlichen motivirenden Vortrage dem gesetzgebenden Körper die Annahme des Entwurfs empfiehlt, lediglich das Interresse der Kinder in der Erhaltung der der Ehe gemachten Schenkung für die Annahme der betreffenden Bestimmung geltend macht;

J. E., daß die angeführten Aeußerungen für die Feststellung des Wortsinnes dieser Bestimmung um so entscheidendere Bedeutung haben, als ihnen keine anderen, eine abweichende Meinung bekundende, Aeußerungen entgegenstehen, sie vielmehr die einzigen Erläuterungen und Begründungen darstellen, nach deren Anhörung gemäß der damaligen Staatsverfassung der gesetzgebende Körper ohne weitere Diskussion über die Annahme des vorgeschlagenen Gesetzes abstimmte, sonach die Unterstellung vollständig gerechtfertigt ist, daß die gesetzgebende Gewalt den Entwurf und seine einzelnen Bestimmungen in demjenigen Sinne sanctionirte, in welchem er ihr von den Organen der Regierung vorgelegt wurde;

J. E., daß gegen die vorstehende Auslegung zwar eingewendet wird, daß für die Auslegung eines Gesetzes zunächst dessen Wortlaut maßgebend ist und daß wenn dieser Wortlaut noch andere Fälle umfasse, als diejenigen, auf welche das ausgesprochene Motiv sich bezieht, anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber auch noch durch andere nicht ausgesprochene Motive zu der von ihm getroffenen Verfügung bestimmt wurde;

Daß aber hierbei übersehen wird, daß nicht die Worte sondern der in Worten ausgesprochene Wille des Gesetzgebers Gesetz ist und daß daher, namentlich wenn, wie im vorliegenden Falle der Wortlaut des Gesetzes mehrdeutig ist, nothwendig erforscht werden muß, in welchem Sinne der Gesetzgeber diesen mehrdeutigen Ausdruck hat anwenden wollen;

Daß die Bezugnahme auf die Motive in der obigen Interpretation nicht dazu verwendet wird, um den aus einem unzweideutigen Ausdruck klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers auf Grund der dafür angeführten Motive zu beschrän-

Digitized by Google

ken, sondern um aus den Motiven im Zusammenhang mit dem damaligen Rechtszustande den in einem mehrdeutigen Ausdrucke ausgesprochenen wahren Willen des Gesetzgebers und den Sinn, in welchem er jenen mehrdeutigen Ausdruck angewendet hat, zu ermitteln;

J. E., daß die oben angenommene Deutung des fraglichen Artikels allerdings nicht statthaft sein würde, wenn aus dem B.-G.-B. selbst ein fester Sprachgebrauch zu entnehmen wäre, gemäß welchem der Ausdruck „Schenkung zu Gunsten der Ehe" die weitere, auch die Schenkungen der Ehegatten umfassende Bedeutung hätte;

Daß aber ein solcher Sprachgebrauch nicht nachweisbar ist, da hierzu das aus der gramatikalischen Construction, des nach der alten Ordonnanz copirten Art. 960 gezogene Argument keineswegs ausreichend ist und anderntheils in's Gewicht fällt, daß der Code in dem 9. Kapitel des Titels über Schenkungen, welches die Schenkungen unter Ehegatten zum Gegenstande hat, diese Schenkungen niemals als Schenkungen zum Vortheil der Ehe bezeichnet, dagegen diesen Ausdruck in dem vorhergehenden die Schenkungen Dritter behandelnden Titel allerdings im Art. 1088 in Anwendung bringt, ein Umstand, dessen Bedeutung für den sprachlichen Sinn jenes Ausdrucks dadurch zwar geschwächt aber nicht ganz beseitiget wird, daß der in jenem Artikel für die Schenkungen Dritter ausgesprochene Rechtssatz im Wesentlichen auch bei Schenkungen unter Ehegatten zur Anwendung kommt;

J. E., daß die Ausdehnung der Ausnahmebestimmung des Art. 959 auf Schenkungen der Ehegatten auch nicht darauf gegründet werden kann, daß solche Schenkungen ihrer Natur nach und weil sie für das Eintreten des Schenknehmers in die Ehe gemacht worden, den Charakter einer reinen, wegen Undanks widerrufbaren Liberalität verlieren und nur gleichzeitig mit der Scheidung der Ehe selbst rückgängig gemacht werden können;

Daß vielmehr dieser Einwand dadurch völlig beseitiget wird, daß das B.-G.-B. die Zuwendungen eines Ehegatten an den andern, auch wenn sie bei Gelegenheit und in Rücksicht auf das gleichzeitige Eheversprechen des Schenknehmers gemacht worden, dennoch unbedingt als eigentliche Schenkungen bezeichnet und behandelt, somit die Auffassung in

Digitized by Google

unzweideutiger Weise als nicht angemessen zurückweiset, daß das Eheversprechen und die demselben folgende wirkliche Eingehung der Ehe die rechtliche Bedeutung eines Aequivalentes für die in der Schenkung enthaltene Vermögenszuwendung haben könne und deshalb der letztere den Charakter der Liberalität entziehe;

Daß noch weniger ein Gegengrund gegen die Widerrufbarkeit daraus hergeleitet werden kann, daß die Schenkungen eines Ehegatten an den andern im Heirathsvertrage nicht selten in einer vorhergehenden Stipulation ihren Grund haben, da eine solche Stipulation, falls sie vom Schenknehmer selbst erwirkt ist, auch nur eine in den gesetzlichen Fällen widerrufbare Schenkung oder Schenkungsversprechen ist, der besondere Fall aber, daß die Vermögenszuwendung des einen der Ehegatten an den andern nur die Vollziehung eines einem Dritten gemachten rechtlich bindenden Versprechens ist, in dem gegenwärtigen Rechtsstreite nicht vorliegt, und für die Beantwortung der hier maßgebenden Rechtsfrage von keinem Einfluß sein kann;

J. E., daß ferner auch nicht mit Grund behauptet werden kann, es sei mit der Würde der Ehe unvereinbar, daß es dem einen der Ehegatten zustehen solle, ohne gleichzeitig die Scheidung der Ehe zu erwirken, von dem andern Ehegatten unter der Beschuldigung des Undanks die Rückgabe der Schenkungen zu verlangen;

Daß bei diesem Einwand zunächst übersehen wird, daß eine solche Auffassung von der Würde der Ehe nicht in Uebereinstimmung steht mit einer Gesetzgebung, welche, wie die rheinische, der Ehefrau gestattet, während der Ehe von dem Manne wegen schlechter Vermögensverwaltung die Rückgabe des ganzen von ihr eingebrachten Vermögens zu verlangen, und welche ferner dem Ehemanne erlaubt, ohne Klage auf Ehescheidung das in der Ehe geborene Kind seiner Frau zu verleugnen;

Daß aber auch hiervon abgesehen es der Würde der Ehe, wie sie die Gesetzgebung aufzufassen und zu schützen hat, nicht entsprechen dürfte, die Motive zur Ehescheidung dadurch zu vermehren, daß man dem mißhandelten oder beleidigten Ehegatten verwehrt, die dem undankbaren Ehegatten gemachten Schenkungen anders als im Wege der Ehescheidungsklage rückgängig zu machen;

Digitized by Google

Daß überdies aber dieses System noch die nachtheiligen Folgen hat, daß wenn, wie im vorliegenden Falle, der Tod bald nach den Mißhandlungen und noch ehe die Anhebung einer Ehescheidungsklage möglich war, eintritt, der überlebende Ehegatte trotz der Mißhandlungen im unanfechtbaren Besitze der ihm zugewendeten Schenkungen verbleibt, sowie daß nach der Ehescheidung der unschuldige Theil die ihm verbleibenden Schenkungen auch dann nicht verliert, wenn er sich nachträglich dem frühern Ehegatten gegenüber Mißhandlungen und grober Beleidigungen schuldig macht;

J. E., daß hiernach dem ersten Richter nur zugestimmt werden kann, wenn er den Art. 959 nicht auf Schenkungen der Ehegatten anwendbar erachtet;

Daß schließlich auch aus der gesetzlich festgestellten Unabänderlichkeit der Eheverträge ein Grund gegen die Widerrufbarkeit der in denselben enthaltenen Schenkungen wegen Undanks nicht hergeleitet werden kann, da hierdurch nur die Abänderungen im Wege des späteren Beliebens der beiden Ehegatten nicht aber diejenigen Aenderungen, welche kraft gesetzlicher Bestimmung erfolgen, ausgeschlossen sind, wie sich dies unter andern auch gerade daraus ergibt, daß das Gesetz nur bezüglich der Schenkungen Dritter deren Widerrufbarkeit wegen Undanks auszuschließen, eine desfallsige besondere Verfügung neben der allgemeinen Verfügung über die Unabänderlichkeit der Eheverträge nothwendig erachtet hat;

J. E. daß, wenn hiernach angenommen werden muß, daß die im Heirathsvertrage seitens eines Ehegatten dem andern gemachten Schenkungen im Allgemeinen unter die Verfügung des Art. 955 fallen und wegen Undanks widerrufbar sind, nur noch die Frage erübrigt, ob die vorliegende Verfügung der verstorbenen Ehefrau des Appellanten um deswillen nicht unter jenen Artikel falle und aus dem Grunde unwiderrufbar sei, weil sie nicht eine Schenkung des gegenwärtigen Vermögens ist, sondern in der Weise errichtet ist, daß die Ehegattin für den Fall des frühern Absterbens ihrem überlebenden Gatten ihren Nachlaß zu schenken und zu vermachen erklärt;

Daß bezüglich dieser Frage der Art. 955 die Schenkungen, welche widerrufbar sein sollen, als Schenkungen unter Lebenden bezeichnet;

Digitized by Google

Daß nun aber abgesehen davon, daß der Code den Gegensatz der Erbverträge zu den gewöhnlichen Schenkungen nirgendwo dahin bezeichnet und auffaßt, daß die letztere unter Lebenden, die erstern nicht unter Lebenden abgeschlossen werden, sondern nur dahin, daß die einen gegenwärtiges, die andern das beim Tode des Schenkgebers vorhandene Vermögen zum Gegenstande haben, — doch jedenfalls der Erbvertrag, wann und in so weit man ihn, weil er den Nachlaß zum Gegenstande hat, namentlich bezüglich seiner Widerrufbarkeit nicht nach den Regeln des Schenkungsvertrages, so wie dies das frühere franz. Recht that, beurtheilen will, alsdann doch jedenfalls unter die für die Verfügungen über den Nachlaß gegebenen Regeln fallen würde, da ein zureichender Grund keine von diesen beiden Kategorien anzuwenden, nicht vorliegt;

Daß nun aber der Art. 1046 B.-G.-B. die Verfügung des Art. 955 wenigstens in Beziehung auf den im vorliegenden Falle allein in Frage kommenden Widerruf wegen Mißhandlungen auch auf letztwillige Verfügungen anwendbar erklärt, sonach der vorliegende Erbvertrag, wenn auch nicht von der Schenkgeberin selbst, doch jedenfalls von ihren Erben, den Appellaten, wegen der constatirten Mißhandlungen widerrufen werden kann;

Aus diesen Gründen

verwirft der Rhein. Appell.-Ger.-Hof die Berufung des Appellanten von den Urtheilen des Königl. Landgerichts zu Koblenz vom 16. Juli 1863 und 1. Dezember 1864 unter Verurtheilung des Appellanten in Strafe und Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 21. November 1866.

Advokaten: Forst — Lautz.

Wechsel-Verlust. — Regreßklage.

Geht ein Wechsel, welcher Mangels Annahme oder Zahlung protestirt worden, demnächst mit der Protesturkunde verloren, so kann der letzte Inhaber keinen Regreß gegen seinen Indossanten geltend machen.

Digitized by Google

Werle u. Schlechtendahl — Pistor.

Gegenstand des Prozesses sind zwei Wechsel; der eine zur Summe von 623 Pfund Sterling 15 Schilling gezogen d. d. Amsterdam den 13. September 1864 von Ph. M. Kohn Ordre eigene auf Wolf, Schneck u. Comp. in London, von diesem acceptirt, zahlbar pr. 13. Januar 1865. Der Wechsel ist indossirt auf J. Piddingston, von diesem auf A. J. Aban, von diesem auf G. Cassel u. Comp., von diesem auf L. W. Dahl, von diesem auf A. Pistor und von letzterem endlich auf Werle u. Schlechtendahl; der zweite Wechsel zur Summe von 200 Pfund Sterling gezogen d. d. Corinth den 15. September 1864 von J. W. Thomson an die Ordre von J. Piddingston auf M. E. Coombes, von diesem acceptirt zahlbar pr. 15. Januar 1865 und sodann von Piddingston auf Aban, von diesem auf G. Cassel u. Comp. von diesem auf L. W. Dahl, von diesem auf A. Pistor und von letzterem endlich auf Werle u. Schlechtendahl indossirt. Beide Wechsel wurden und zwar der erste gegen den Acceptanten Wolf, Schneck u. Comp., der zweite gegen den Acceptanten E. Coombes Mangels Zahlungen protestirt, in beiden Fällen mit der Erklärung, daß die Acceptanten ihre Zahlungen eingestellt hätten;

Durch Act des Gerichtsvollziehers Schellert vom 10. April 1865 ließen nun Werle und Schlechtendahl ihren Vormann Pistor zum Handelsgericht in Elberfeld vorladen, um sich unter Körperhaft verurtheilen zu hören, der Klägerin 830 Pfund Sterling 8 Schilling 2 Pence gleich 5646 Thlr. 20 Sgr. nebst 6% Zinsen von 628 Pfund Sterling 11 Schilling seit dem 13. Januar 1865 und von 200 Pfund Sterling 17 Schilling 2 Pence seit dem 15. Januar 1865 und den Kosten zu zahlen.

Die Klage ward darauf gestützt, daß die fraglichen ohne Schuld der Kläger verloren gegangenen beiden Wechsel schon in dem Augenblicke, als sie auf den Kläger indossirt worden, nichts werth gewesen, indem deren Acceptanten beide Fallit geworden und deren Aussteller an den resp. Orten der Ausstellung nicht aufzufinden gewesen.

A. Pistor trug auf Abweisung der Klage an. Derselbe adcitirte jedoch zugleich seinen Vormann Dahl, welcher ihm, falls er, Adcitant verurtheilt werden möchte, regreßpflichtig

Digitized by Google

sei. Dahl adcitirte seinen Vormann Cassel u. Comp. in Brüssel und dieser seinen Vormann Adan daselbst. Die Adcitaten resp. Adcitanten Dahl, Cassel u. Comp. und Adan intervenirten in den zwischen den Klägern und Pistor schwebenden Prozeß und trugen sämmtlich an, die Klage abzuweisen und dadurch die gegen sie gerichteten Adcitationen für erledigt zu erklären, event. diese zu verwerfen und den Klägern event. den resp. Adcitanten die sämmtlichen Kosten der Haupt- und Garantieklage zu belasten;

Den Antrag auf Abweisung der Klage gründeten sie sämmtlich darauf, daß

1) Kläger zugestehen, diejenigen Wechsel, welche den Gegenstand der Klage bilden, nicht mehr zu besitzen;

2) Daß die Frage, ob Kläger gegen seinen Vormann Pistor zu klagen berechtigt, lediglich nach der deutschen Wechsel-Ordnung, unter deren Herrschaft sowohl der Kläger als der Beklagte wohnen und das Indossament Pistor auf E. Werle u. Schlechtendahl zu Stande gekommen, zu beurtheilen;

3) Daß diese deutsche Wechsel-Ordnung die Wechsel-Regreßklage aber nur dann gegen den Indossanten gestattet, wenn der Wechsel selbst noch existire und den Regreßverklagten bei der Zahlung eingeliefert werden könne;

4) Daß aber bei dem Verluste des Wechsels nach Art. 73 l. c. nur noch eine Klage gegen den Acceptanten gestattet sei — eine Ausnahme von der Regel und deshalb nicht weiter auszudehnen.

Das Handelsgericht zu Elberfeld hat durch Urtheil vom 15. November 1865, sich den von Verklagten vorgetragenen Gründen anschließend, die Klage kostenfällig abgewiesen und dadurch die Adcitationen für erledigt erklärt.

E. Werle u. Schlechtendahl haben unter Bestellung des Justizrathes Widenmann als Anwalt die Berufung sowohl dem ursprünglichen Beklagten Pistor als den Intervenienten Dahl, Cassel u. Comp. und Adan gegenüber eingelegt. Die Accitationen wurden auch in 2. Instanz erneuert.

Anwalt Widenmann machte für die Berufung namentlich geltend:

1) Die Art. 39, 48 und 54 der Allg. deutschen Wechsel-Ordnung bezögen sich nur auf den gewöhnlichen Fall, wo der Wechsel selbst noch existire, nicht aber auf den, wo derselbe

Digitized by Google

durch Zufall oder höhere Gewalt abhanden gekommen; für letztern seien die Art. 70 und ff. l.c. maßgebend, der Art. 73 bestimme insbesondere, daß der Eigenthümer eines solchen Wechsels nicht die Durchführung des Amortisationsverfahrens abzuwarten braucht, derselbe vielmehr schon nach dessen Einleitung berechtigt sei a) gegen Kaution die Zahlung, b) ohne dieselbe die Depositionen des Wechselbetrages vom Acceptanten zu fordern — eine Bestimmung, durch welche auch beim Verluste des Wechsels die Aufrechthaltung der wechselmäßigen Verbindlichkeiten gegen alle, denen überhaupt eine solche Verbindlichkeit obliegt, gesichert sei. Wenn im Art. 73 zunächst nur vom Acceptanten die Rede sei, so sei dies nur deshalb, weil jener vor allen für die Zahlung verpflichtet sei, schließe aber nicht aus, daß im Falle der Insolvenz desselben der Eigenthümer auf den oder die Indossanten zurückgreifen und von diesen die Zahlung verlangen könne — eine Ansicht, welche von namhaften Autoritäten des Wechselrechts vertreten werde. In casu habe nun allerdings eine Amortisation der Wechsel nicht stattfinden können; nach allgemeinen Grundsätzen sowohl als auch nach Art. 86 der Wechsel-Ordnung und ganz speziel nach §. 2 des preuß. Einführungsgesetzes hätte nämlich das desfallsige Verfahren in London eingeleitet werden müssen; nun kenne aber das englische Recht ein solches Verfahren nicht, vielmehr bleiben, wenn die Existenz oder der Verlust des Wechsels in gewöhnlicher Weise nachgewiesen oder eingeräumt sei, die Verbindlichkeiten aus dem Wechsel Allen gegenüber fortbestehen. Endlich sei auch Beweis darüber erboten, daß die als Aussteller auf den Wechsel Figurirenden gar nicht existiren, hierfür resp. für die Unmöglichkeit des Regresses gegen nicht existirende Aussteller habe der Verkäufer der Wechsel einzustehen, mit diesem Falle sei der in der Wechsel-Ordnung vorgesehene Fall von falschen oder verfälschten Unterschriften wirklich existirender Personen nicht identisch.

Der Hof erließ folgendes

Urtheil:

In E., daß der wechselmäßigen, über das Maß der civilrechtlichen Haftbarkeit eines Cedenten hinausreichenden Verbindlichkeit eines jeden Indossanten zur Zahlung der Regreßsumme im Falle des Protestes des Wechsels wegen Mangels der Annahme oder Zahlung durch den Trassaten — das

Digitized by Google

gleich ſtarke Recht zur Seite ſteht, vom bezahlten Wechſelinhaber die Aushändigung wie des Proteſtactes, ſo auch der Wechſelurkunde ſelbſt zu verlangen, um gegen die ihm verpflichteten früheren Geber des Wechſels — die Vorindoſſanten und den Traſſanten oder deren Bürgen — mit voller wechſelmäßiger Wirkung alsbald im Wege des Wechſelprozeſſes ſein durch die Vorzeigung der Urkunde bedingtes Recht auf Rückerſatz der gezahlten Einlöſungsſumme verfolgen zu können;

Daß hingegen die Stellung des acceptirenden und zahlenden Traſſaten, der nur einen Anſpruch auf Deckung Seitens des Traſſanten hat, zu deſſen Begründung er des Wechſels nicht bedarf, eine hiervon weſentlich verſchiedene iſt; da für ihn die Behändigung des bezahlten Wechſels, an deſſen Beſitz ſich nicht zu ſeinen Gunſten auch die Möglichkeit weiter rückwärts wechſelmäßig zu verfolgender Regreßanſprüche knüpft, lediglich die Bedeutung einer einfachen Quittung gewinnt;

Daß dem gegenüber es mit den Anforderungen materieller Rechtsverwirklichung in vollem Einklange ſteht, wenn das poſitive Geſetz, in §. 73 der Allgem. deutſchen Wechſel-Ordnung, durch eine ſinguläre Beſtimmung für den Fall des caſuellen Untergangs oder Abhandenkommens einer Wechſelurkunde dem Eigenthümer die Berechtigung ertheilt, nach Einleitung eines Amortiſationsverfahrens und beziehlich Beſtellung einer Sicherheit vom Acceptanten die Zahlung der Wechſelſumme zu fordern;

Daß die Aufſtellung einer, im Wege der ausdehnenden Interpretation des Geſetzes auch den Indoſſanten gegenüber dem Inhaber einzuräumenden derartigen Befugniß um ſo weniger gerechtfertigt ſein würde, als weder die dann nothwendige Wiederherſtellung der Baſis des gegen die Letzteren geltend zu machenden Wechſelverhältniſſes im Wege des Zeugenbeweiſes mit der Natur des Wechſelvertrages als eines Literalcontractes vereinbar erſcheinen, noch in ſolchem Falle eine Wahrung der Friſten allſeitig möglich ſein würde;

Daß aus den preußiſchen Motiven zum Entwurfe der Wechſel-Ordnung auf das beſtimmteſte ſich ergibt, daß die Vorſchrift des §. 73 allſeitig nur in dem vorentwickelten beſchränkten Sinne verſtanden worden iſt; indem durch die Sanctionirung der adoptirten Faſſung des letzteren nach Inhalt dieſer Motive gerade eine Aufhebung abweichender weiter

Digitized by Google

gehender Bestimmungen des früheren Rechtes beabsichtigt worden ist;

J. E., daß im untergebenen Falle ein rechtlicher Anhaltspunkt für eine anders gestaltete Entscheidung auch dem Thatumstande nicht entnommen werden kann, daß die beiden in der Klage bezeichneten Wechsel in Wirklichkeit keine vollständigen gewesen, weil nach der vorliegenden Correspondenz jetzt schon als erwiesen angenommen werden möchte, daß die Namen der angeblichen Aussteller: Ph. M. Kohn in Amsterdam, und beziehlich: J. W. Thomson in Korinth, fingirte gewesen und die Entstehung beider Werthpapiere lediglich auf einer unrechtlichen Collusion der damals schon in einer zerrütteten Geschäftslage sich befindenden Acceptanten mit dem ersten Wechselnehmer und Indossanten beruht habe;

Daß nämlich — ganz abgesehen von der zu verneinenden Frage, ob auf Seiten des zu einem weitern Indossamente schreitenden Erwerbers eines Wechsels überhaupt die Verbindlichkeit zu einer Prüfung der Echtheit der Unterschrift und des wirklichen Vorhandenseins des angeblichen Ausstellers besteht — wegen des angedeuteten Mangels untergebens die Appellaten jedenfalls nur dann als schadensersatzpflichtig irgendwie gelten könnten, wenn wegen unterbliebener Zahlung durch die Acceptanten nach den Gesetzen des Ortes der Ausstellung der abhanden gekommenen Wechsel der Appellantin die Möglichkeit eines Rückgriffes gegen die Trassanten offen gestanden hätte;

Daß aber die Appellantin keinen Beweis dafür erbietet, daß nach holländischem oder griechischem Wechselrechte, mit oder ohne Einleitung eines Amortisations-Verfahrens, im angedeuteten Falle auch der Aussteller des Wechsels auf Zahlung belangt werden könne;

Aus diesen Gründen

verwirft der Rhein. Appell.-Ger.-Hof die Berufung der Appellantin wider das Urtheil des Königl. Handelsgerichts zu Elberfeld vom 15. November 1865; erklärt die verschiedenen Adcitationen der übrigen Parteien hierdurch für erledigt; verurtheilt die Appellantin in sämmtliche Kosten auch dieser Instanz, einschließlich der durch die Adcitationen entstandenen, sowie in die gesetzliche Succumbenzstrafe.

I. Senat. Sitzung vom 30. Oktober 1866.

Adv.: Widenmann — Wallraf, Herbertz, Esser I.

Digitized by Google

Seerecht. — Flußschifffahrt. — Haverei.

Sind die Vorschriften des 5. Buchs des H.-G.-B. über das Seerecht auf die Flußschifffahrt anwendbar?

Das Stranden des Schiffes involvirt nicht nothwendig eine große Haverei.

H.-G.-B. Art. 702, 708 Nro. 3. — 390 seqq.*)

Niederländische Dampfschiffsrhederei — Rheinschifffahrts-Assecuranzgesellschaft in Mainz u. gegen die Handlung Meyer, Michel u. Denniger in Mainz.

Am 4. October 1863 fuhr das Dampfschiff Nro. 23 der niederländischen Dampfschiffsrhederei auf einen harten Gegenstand, erhielt einen bedeutenden Leck, wurde auf das Ufer dirigirt und saß bald auf dem Flußbette fest. Bei dem stranden am Ufer erlitt dasselbe zwar keine weitern Beschädigungen wohl aber noch bei den späteren Hebungsarbeiten, welche selbst bedeutende Kosten veranlaßten.

Die Rhederei, die Vorschriften über Haverei bei der Seeschifffahrt im 5. Buch des H.-G.-B. auch hier für analog anwendbar haltend, und den Fall als große Haverei betrachtend, ließ eine Havereiberechnung aufstellen und verlangte demgemäß von den Eigenthümern der geladenen Waaren nach Maßgabe jener Vorschriften über Haverei einen verhältnißmäßigen Beitrag zu den veranlaßten Kosten. Einer derselben und dessen Versicherer, die Mainzer Assecuranz-Gesellschaft weigerten diesen, und so kam es zur Klage bei dem Handelsgericht in Köln, welches nachdem es durch ein Interlocut den Thatbestand näher feststellen lassen, den Anspruch der Rhederei abwies, weil, wenn es auch im Allgemeinen die analoge Anwendbarkeit der Vorschriften über Haverei nicht verneinte, es doch annahm, daß untergebens ein Fall der großen Haverei nicht vorliege.

Auf die von der Klägerin, der niederländischen Dampfschiffsrhederei eingelegten Berufung erließ der Appellationshof folgendes, die Berufung verwerfende

*) Auch der Cassationshof hat kürzlich in dem Urtheile vom 12. Juni 1866 in der Sache: Agrippina in Köln — Simonis, angenommen, daß die Vorschriften des 5. Buchs des H.-G.-B. auf die Flußschifffahrt keine Anwendung finden. — Siehe dagegen Rh. Archiv 32. 1. 225. 35. 1. 41.

Digitized by Google

Urtheil:

I. E., daß die Bestimmungen des 5. Buchs des H.-G.-B. über das Seerecht überall in dem engsten Zusammenhang mit den besondern Interessen und Verhältnissen des Seehandels und der Seeschifffahrt stehen, und daher eine Anwendung auf andere Verhältnisse, namentlich auf die Flußschifffahrt nicht finden können, welche letztere in den Art. 390 seqq. als ein gewöhnliches Frachtgeschäft behandelt wird;

Daß insbesondere auch die Bestimmungen über die große Haverei eine ausgedehnte Anwendung des Grundsatzes enthalten, daß der Schaden und Nachtheil der zur Abwendung einer gemeinschaftlichen Gefahr freiwillig übernommen wird, gemeinschaftlich zu tragen sei, ein Grundsatz der bei dem gewöhnlichen Frachtgeschäft aus dem Frachtvertrag in solcher Ausdehnug jedenfals nicht gerechtfertigt werden kann, da der Frachtführer, der, um sein beladenes Fuhrwerk aus einer größern Gefahr zu retten, freiwillig einem geringeren Uebel sich unterzieht, nicht schon deshalb einen Anspruch auf die Waare erheben kann, und hiervon höchstens dann die Rede sein könnte, wenn gerade im Interesse der Waare ein an sich schwereres Uebel gewählt würde, als zur Rettung des Fuhrwerks erforderlich sein würde.

I. E., daß das Handelsgericht die Grundsätze über die Haverei zwar nicht für unanwendbar erachtet, aber nach den thatsächlichen Umständen das Vorhandensein einer großen Haverei, worauf die Klage wesentlich beruhe, nicht für gegeben angenommen hat, indem es darin nicht den Thatbestand der Art. 702, 708 Nro. 3 des H.-G.-B. gefunden hat;

I. E., daß der Thatbestand durch das stattgehabte Zeugenverhör genügend aufgeklärt ist, indem sich daraus ergibt, daß am 4. October 1863 das Schiff der Appellantin Nro. 23 bei der Ueberfahrt vom linken auf's rechte Ufer, um das stille Wasser für die Bergfahrt zu gewinnen, auf einen harten Gegenstand aufstieß, einen bedeutenden Leck erhalten hatte, und das Wasser sofort mit Gewalt eindrang, daß der Capitain das Schiff so nahe wie möglich auf's Land fuhr, um das Schiff vor dem völligen Versinken im tieferen Wasser zu retten, daß das Schiff unterdessen fortfuhr zu sinken, bis es auf dem Flußbette aufsaß, mit 7 Fuß Wasser im Vordertheil, während der hintere Theil, von dem vordern durch eiserne Wände geschieden, trocken blieb.

Digitized by Google

J. E., daß hiernach das Aufsitzen des Schiffs oder dessen Stranden wesentlich als die unmittelbare und nothwendige Folge des durch Zufall entstandenen Lecks erscheint, und der freie Wille des Capitains dabei nur insofern bestimmend mitwirkt, als dadurch dieses Sinken und Stranden in weniger tiefem mehr seichtem Wasser, näher am Ufer bewirkt wurde, mithin das durch den Zufall unvermeidliche Sinken des Schiffes bis auf das Flußbett auf die möglichst wenig schädliche Weise erfolgte;

Daß durch die Richtung des Schiffes auf's Ufer aber nicht freiwillig ein Nachtheil übernommen und herbeigeführt wurde, der sonst durch den zufälligen Umstand selbst nicht eingetreten wäre, und der den Zweck und den Erfolg gehabt hätte, Schiff und Ladung den durch den Unfall bedingten nothwendigen Folgen desselben zu entziehen;

Daß ein solches absichtliches Stranden, welches nur das unvermeidliche Sinken des Schiffes auf einer möglichst günstigen Stelle eintreten zu lassen bezweckt, lediglich als eine Maßregel zur Verminderung des erfolgten zufälligen Unfalls und Schadens erscheint, nicht aber als ein freiwillig zum Zweck der Abwendung des zufälligen Schadens übernommener und außerhalb desselben liegender Nachtheil, eine solche Verminderung oder engere Begrenzung der unmittelbaren Folgen des schädlichen Zufalls aber nicht als eine große Haverei im Sinne des Art. 702 betrachtet werden kann;

J. E. endlich daß, wenn nach Art. 708 Nro. 3 im Fall des Strandens des Schiffes auch ohne die Absicht des Capitains dann doch die Kosten des Abbringens als große Haverei betrachtet werden sollen, es offenbar einleuchtet, daß eine solche Bestimmung wesentlich in den besonderen Seeverhältnissen ihren Grund hat, bei der Flußschifffahrt aber in keiner Weise gerechtfertigt werden könnte, da hier bei größern Fahrzeugen nur in den seltensten Fällen die Waare ein mit den Kosten im Verhältniß stehendes Interesse an dem Abbringen haben wird;

Daß hiernach selbst bei einer analogen Anwendung der Art. 702, 708 Nro. 3 im gegebenen Fall eine große Haverei nicht vorliegen würde;

J. E., daß nach dem bisher Ausgeführten es sich nur etwa davon handeln könnte, ob wegen der zur Rettung und Ver-

Digitized by Google

gung der Waare der Appellaten aufgewendeten Kosten von dem Schiffer d. h. der Appellantin ein Anspruch auf Vergütung gemacht werden könne;

Daß aber die bisherige Prozedur diese Frage nicht zum Gegenstand gehabt hat, und in dieser Beziehung event. Anträge nicht gestellt sind;

Daß hiernach die Entscheidung des ersten Richters gerechtfertigt erscheint.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rhein. Appell.-Ger.-Hof die wider das Urtheil des Handelsgerichts hierselbst vom 21. April 1865 eingelegte Berufung mit Strafe und Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 13. Dezember 1866.

Advokaten: Forst — Kyll.

Hafengebühr. — Rheinschifffahrtsordnung. — Anwendung derselben auf das Gebiet der Mosel.

Die Gerichte sind nicht befugt, ein von der competenten Verwaltungsbehörde erlassenes Regulativ über die Erhebung von Hafengebühren **im Moselgebiet**, auf Grund der Allerh. Verordnung wegen Anwendung der Rheinschifffahrtsordnung, auf die Binnenfahrt am Rhein vom 30. Juni 1834 in Bezug auf seine Gesetzmäßigkeit der Kritik zu unterwerfen. Die Art. 70 und 81 der Uebereinkunft unter den Uferstaaten des Rheines vom 31. März 1831 können auf ein solches Regulativ analoger Weise nicht angewandt werden.

Warken — Küppers.

Durch ein Regulativ vom 25. November 1857 hatte die Königl. Regierung zu Trier eine bestimmte Strecke der Mosel als Hafen der Stadt Trier bezeichnet und die Abgaben für dessen Benutzung fixirt; dieses Regulativ war durch die Ministerien des Handels, des Innern und der Finanzen bestätigt worden. Der Pächter dieser Gebühren Küppers klagte gegen den Schiffer Warken in Gemäßheit dieses

Digitized by Google

Regulativs wegen Benutzung des Hafens durch Ausladung von Waaren eine bestimmte Summe ein und erwirkte beim Landgericht zu Trier ein obsiegendes Urtheil. Warken apellirte und behauptete, daß die Stadt Trier nach Art. 70 u. 81 der Rheinschifffahrtsordnung, welche durch die Verordnung vom 30. Juni 1834 auch für die Binnenflüsse insbesondere die Mosel gelte, Hafengebühren nur für die Benutzung von Anlagen, welche dieselbe aufgerichtet, fordern könne, daß aber an der von ihm beim Ausladen benutzten Stelle, zwar der Staat zur Erhaltung des Leinpfads eine Mauer, die Stadt Trier jedoch keine bauliche Anlage errichtet habe; die geforderte Gebühr sei daher gesetzwidrig.

Der Hof erließ folgendes

Urtheil:

J. E., daß durch das von der Königl. Regierung zu Trier auf Grund einer Ermächtigung der Königl. Ministerien für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten, des Innern und der Finanzen bestätigte und publizirte Regulativ vom 25. November 1857 das linke Moselufer für eine Strecke, innerhalb deren unbestritten die Stelle sich befindet, an welcher die Verladungen, wegen deren der Appellant in Anspruch genommen wird, stattgefunden haben, als zum Hafen der Stadt Trier gehörig erklärt ist und Bestimmungen getroffen sind, nach welchen diese Uferstraße als ein solcher Hafen behandelt werden soll;

Daß es den Gerichten nicht zusteht, diesen von der Verwaltungsbehörde in den Gränzen ihrer Befugnisse erlassenen Verwaltungsact unwirksam zu machen, insbesondere der gedachten Uferstrecke die Eigenschaft eines Hafens der Stadt Trier abzusprechen, weil die thatsächlichen Erfordernisse eines solchen nicht vorhanden seien;

J. E., daß zu den rechtsmäßigen und insbesondere auch in dem Gesetze vom 1. Dezember 1798 anerkannten Intraden einer Stadtgemeinde die Erhebung der von der vorgesetzten Verwaltungsbehörde genehmigten Gebühren für die Benutzung ihres Hafens gehört, und im Allgemeinen auch das bloße Anlegen zum Ein- oder Ausladen im Hafen einer solchen Gebühr unterworfen werden kann, da hierin eine Benutzung einer Stelle des Hafens liegt, und es darauf, ob gerade an dieser Stelle von Seiten der Stadt eine besondere

Digitized by Google

Gegenleistung für die Gebühr präſtirt wird, um ſo weniger ankommen kann, als die Koſten, welche durch die Beaufſichtigung des Hafens, die Uferbefeſtigungen, und die Ausbaggerungen u. ſ. w. im Bereiche des Hafens zu entſtehen pflegen, jedenfalls mittelbar auch allen einzelnen Stellen zu Gute kommen;

J. E., daß die eingeklagten Gebühren unbeſtritten nach Maßgabe des in dem Regulativ enthaltenen und von der Königl. Regierung genehmigten Tarifs gefordert werden, und die ordentlichen Gerichte nicht zuſtändig ſind, die der Verwaltungsbehörde zuſtehende Feſtſetzung des Tarifs einer Kritik zu unterwerfen, während die Gebühr von dieſer Behörde aus dem Geſichtspunkt der Zweckmäßigkeit für den Verkehr und nach faktiſchen und adminiſtrativen Motiven, die ſich der richterlichen Beurtheilung entziehen, zu regeln iſt und die Feſtſetzung, ſo lange ſie nicht im Verwaltungswege abgeändert worden, maßgebend bleibt;

J. E., betreffend die von dem Appellanten aus Art. 70 der Uebereinkunft unter den Uferſtaaten des Rheins vom 31. März 1831 hergeleitete Einwendung gegen die Geſetzmäßigkeit der fraglichen Hafengebühr;

Daß dem erſten Richter aus den von ihm angeführten Gründen dahin beizupflichten iſt, daß nach Maßgabe der publicirten Geſetze mit irgend einer Sicherheit nicht erhellt: ob der Allerh. Cabinets-Ordre vom 30. Juni 1834 für ihre geſammte Dispoſition die Vorausſetzung zu Grunde liegt, daß die dort bezeichneten Schiffer in einer Fahrt auf dem Rheine begriffen ſeien, — auf welche Vorausſetzung ſowohl die in dem Eingang der Ordre enthaltene Motivirung als auch der Theil der Dispoſition, in welcher die Anwendung der Verordnung betreff der Rheinzollgerichte verfügt iſt, dringend hinweiſ't, — oder ob in den in dem erſten Theil der Dispoſition enthaltenen Worten „für die innerhalb der Gränzen unſerer Staaten liegende Strecke u. ſ. w." welche Worte an ſich unklar ſind, ein Abſehen von jener Vorausſetzung, daß die Fahrt auf dem Rheinſtrom ſtattfinde, ſtatuirt ſei;

Daß aber auch außerdem jedenfalls in der Verfügung der Cabinets-Ordre vom 30. Juni 1834, daß die dort bezeichneten Schiffer der Rheinſchifffahrtsordnung und der Verordnung, die Rheinzollgerichte betreffend, unterworfen ſein ſollen,

Digitized by Google

eine allgemeine Ausdehnung der sämmtlichen Bestimmungen jener Gesetze auf das Preuß. Gebiet der Mosel nicht zu finden ist;

Daß namentlich die hier in Rede stehenden Bestimmungen der Art. 81 und 70 der Uebereinkunft vom 31. März 1831 einen internationalen Charakter für den Rhein haben (vgl. Art. 9 u. 10 der Uebereinkunft) und in sofern darin eine gegenseitig stipulirte Beschränkung der Hafengebühren auf den Gebrauch von Anstalten, welche unmittelbar eine Gegenleistung für die Gebühr gewähren, enthalten ist, und den conventionsmäßigen Rheinzollgerichten eine besondere Competenz behufs Aufrechthaltnng der Bestimmung der Uebereinkunft beigelegt ist, die Annahme sich nicht rechtfertigt, daß in der Cabinets-Ordre vom 30. Juni 1834, welche sich lediglich auf interne Verhältnisse in Preußen bezieht, und in der beschränkten Fassung dieser Cabinets-Ordre eine Ausdehnung des Inhalts jener Stipulation auf die nicht internationalen, sondern lediglich innern Verhältnisse in Preußen ausgesprochen sei, und daß dabei den gewöhnlichen Polizeigerichten an der Mosel die Competenz beigelegt sei, sich über die Erlasse der nach dem innern Staatsrecht an sich dafür zuständigen Verwaltungsbehörden zu stellen, und die von ihnen festgesetzten Regulative und Tarife für unwirksam zu erklären;

Daß man bei der von dem Appellanten geltend gemachten Auslegung der Allerh. Cabinets-Ordre vom 30. Juni 1834 offenbar zu einer nur analogen Anwendung von Bestimmungen der Rheinschiffsordnung und der Verordnung über die Rheinzollgerichte auf das Gebiet der Mosel seine Zuflucht nehmen muß, jene Annahme der Anwendbarkeit der Art. 81 und 70 aber über den Bereich einer berechtigten Analogie hinausgeht;

Daß auch aus der Allerh. Cabinets-Ordre vom 30. Juni 1834 selbst noch ein Gegengrund gegen den Appellanten für den vorliegenden Streitpunkt zu entnehmen ist, indem unter der Voraussetzung, daß die Ordre die Tragweite haben sollte, den Art. 70 der Uebereinkunft für das Preuß. Gebiet der Mosel zum Gesetz zu erheben, die am Schlusse der Ordre statuirte Ausnahme völlig unerklärlich sein würde;

I. E., daß übrigens in thatsächlicher Hinsicht im vorliegenden Falle dem Appellanten auch entgegensteht, daß das

Digitized by Google

Moselufer an der Stelle, wo die Kohlenverladungen stattgefunden haben, durch eine senkrechte mehr als 12 Fuß hohe Mauer vom Flusse abgedämmt ist, wodurch es dem Schiffer möglich wird, dicht an der Mauer anzulegen und durch Einschütten vom Ufer die Ladung aufzunehmen, eine solche Ufereinrichtung aber unter den Begriff eines Werftes, welches der Appellant benutzt hat, fällt, wobei es für den Appellanten hinsichtlich der von ihm dafür zu zahlenden Gebühr gleichgültig sein muß, ob diese Einrichtung in dem der Stadt Trier nach dem Regulativ zum Hafen eingeräumten Gebiet auf dem Eigenthum der Stadt sich befindet, ob sie gleichzeitig für den Leinpfad dient, und ob sie auf Kosten der Stadt oder des Staats gemacht ist und unterhalten wird;

Daß daher die Verurtheilung des Appellanten gerechtfertigt erscheint.

Aus diesen Gründen

verwirft der Appell.-Ger.-Hof die Berufung von dem Urtheil des Königl. Landgerichts zu Trier vom 13. Juli 1865 unter Verurtheilung des Appellanten zu der Geldbuße und zu den Kosten dieser Instanz.

III. Senat. Sitzung vom 28. November 1866.

Advokaten: Lautz — Ehrhard, v. Hontheim.

Annahme einer Erbschaft. — Ausstellung einer Vollmacht.

Bildet die Ausstellung einer Vollmacht einen Act der unbeschränkten Annahme einer Erbschaft?

Zils — Leubesdorf.

Die Wittwe Leubesdorf hatte Urtheile erwirkt gegen die Vormundschaft der Katharina Zils auf Zahlung einer von dem Vater der Zils herrührenden Schuld. Nach dem Tode des letzteren starben die Großeltern der Zils. Diese hatte dem Gemeindevorsteher des Ortes eine Vollmacht zur Theilung und zum Verkauf des elterlichen Nachlasses überschickt. Der Bevollmächtigte hatte jedoch keine Handlungen in dieser Erbschaftssache vorgenommen, wohl aber der Wittwe Leubesdorf Abschrift dieser Vollmacht übersandt. Die Wittwe Leubesdorf

Digitized by Google

klagte hierauf als Gläubigerin der Miterbin Zils auf Theilung des großelterlichen Nachlasses. Der Klägerin wurde das Recht bestritten, aus der großelterlichen Masse sich zu befriedigen, sie könne sich nur an den elterlichen Nachlasse halten, da die Katharina Zils nur Benefiziar-Erbin ihrer Eltern sei. Von der Klägerin wurde geltend gemacht, daß die Ausstellung obiger Vollmacht eine unbedingte Erbesannahme enthalte.

Der Hof erließ folgendes

Urtheil:

J. E., daß die Appellantin nicht bestreitet, nach erreichter Großjährigkeit dem Gemeindevorsteher Roßbach in Aegidienberg die von der Appellatin in Abschrift vorgelegte Vollmacht ertheilt zu haben, durch welche dieselbe ermächtiget wird, die zur Nachlassenschaft der Eltern der Appellantin gehörigen Immobilien Jedem, wer es auch immer sein möge, zu verkaufen und die Kaufpreise gegen Uebernahme der Hypotheken oder sonstigen Schulden nicht bloß der Eltern sondern auch der Appellantin selbst zu compensiren;

Daß in dieser Vollmacht die Appellantin, wenn auch nicht mit ausdrücklichen Worten, so doch der Sache nach, sich als unbedingte Erbin ihrer Eltern hinstellt, da es mit der Eigenschaft einer bloßen Benefiziar-Erbin unvereinbar sein würde, die Grundstücke des Nachlasses unter der Hand zu verkaufen und den Kaufpreis gegen persönliche Schulden der Erbin zu compensiren;

Daß daher, wenn auch die Appellantin nicht schon dadurch, daß sie während ihrer Minderjährigkeit einfach als Erbin ihrer Eltern, ohne Zusatz der Benefiziar Erben-Qualität, zu Gunsten der Mitappellatin Leubesdorf verurtheilt wurde, die Eigenschaft einer unbedingten Erbin ihrer Eltern bezüglich der Schulden, welche Gegenstand der Verurtheilungen sind, erhalten haben mag, doch jedenfalls in jener Vollmacht eine unbeschränkte Annahme enthalten ist, welche die Appellaten um so mehr für sich anrufen können, als der Bevollmächtigte Roßbach, wie die in den Acten befindliche Correspondenz erweiset, die Vollmacht den Appellaten, welche gegen die Appellantin und ihre beiden Miterben gerichtliche Schritte beabsichtigten, zur Kenntnißnahme abschriftlich mitgetheilt hat;

Daß demnach der erste Richter mit Recht die Mitappellatin Leubesdorf befugt erachtet hat, die gegen die Appellantin als

Digitized by Google

Erbin ihrer Eltern resp. ihres Vaters erwirkten beiden Verurtheilungen auch in dasjenige Vermögen geltend zu machen, welches die Appellantin später nach dem Tode ihres Vaters durch Beerbung ihrer väterlichen Großeltern anerfallen ist, und zu diesem Ende die Theilung des großelterlichen Nachlasses herbeizuführen.

III. Senat. Sitzung vom 27. Dezember 1866.

Advokaten: Nacken — Wallraf.

Peremtion. — Verjährung.

Unabhängig von der durch den Art. 397 und ff. für die Peremtion der Instanz gegebenen Vorschriften, erlischt nach Art. 2262 des B.-G.-B. das Recht der Parteien, einen anhängig gemachten Rechtsstreit fortzusetzen oder wieder aufzunehmen, wenn während 30 Jahren von keiner Seite irgend etwas zur Fortsetzung der Prozedur geschehen ist. *)

Stutenbäcker — Wüsthoff.

Durch Urtheil des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 7. März 1832 ist die Theilung des Nachlasses von Johann Wilhelm Wüsthoff verordnet, und die Berufung gegen dieses Urtheil ist durch Erkenntniß des Hofs vom 6. Februar 1834 verworfen worden. Durch Gerichtsvollzieheract vom 20. Juni 1864 ließ ein Rechtsnachfolger der ursprünglichen Kläger eine Reassumtionsklage den Verklagten resp. deren Rechtsnachfolgern insinuiren, um die Prozedur in der durch jene Urtheile gegebenen Lage fortzusetzen. Die Reassumtionsverklagten trugen auf Abweisung dieser Reassumtionsklage an, indem sie excipirten, daß das Recht zur Fortsetzung jener Prozedur nach Art. 2262 des B.-G.-B. verjährt sei;

Für den Reassumtionskläger wurde auf diese Einrede erwidert, daß das Recht, eine schwebende Prozedur fortzusetzen, nur durch die Peremtionsklage zerstört werden könne.

---

*) Cf. Arch. XIII. 1. 11. XIV. 1. 306. XVII. 1. 137. XIX. 1. 14. 129. XXVII. 1. 80.

Digitized by Google

Das Landgericht zu Düsseldorf nahm in seinem Urtheile vom 11. Januar 1865 die Einrede der Verklagten an und wies die Reassumtionsklage ab.

Die von dem Reassumtionskläger eingelelegte Berufung hat der Hof durch folgendes Urtheil verworfen.

J. E., daß nach Art. 2247 des B.-G.-B. die durch eine Vorladung bewirkte civile Unterbrechung der Verjährung auch in dem Falle als nicht geschehen betrachtet werden soll, wenn der Kläger die Instanz perimiren läßt;

Daß nach Art. 397 und ff. der B.-Pr.-O. die Peremtion der Instanz auf Antrag der dabei interessirten Partei schon ausgesprochen werden soll, wenn während 3 Jahren das eingeleitete gerichtliche Verfahren geruht hat, indem von keiner Seite während dieser Zeit irgend eine Prozedur-Handlung vorgenommen wurde;

Daß aber unabhängig von dieser Art der Peremtion, welche nie von Rechtswegen eintritt, nach der Vorschrift des Art. 2262 des B.-G.-B. das Recht der Parteien, einen anhängig gemachten Rechtsstreit fortzusetzen resp. wieder aufzunehmen, aufhört wenn während eins Zeitraums von 30 Jahren von keiner Seite irgend etwas zur Fortführung der Prozedur geschehen ist, indem alsdann in Folge der in diesem Artikel ganz allgemein statuirten 30jährigen Verjährung sowohl die eingeleitete Instanz als auch das in der Klage verfolgte Recht für erloschen zu erachten ist und die Parteien wegen der abgelaufenen 30jährigen Verjährung das Recht zur Fortsetzung der Prozedur verloren haben;

J. E., daß bei den von dem Appellanten zur Rechtfertigung der Behauptung articulirten Beweissätzen, daß die Appellaten, also deren Autoren, innerhalb der letzten 30 Jahren es wiederholt selbst anerkannt hätten, daß die durch die eingeleitete Theilungsklage verlangte Auseinandersetzung noch nicht Statt gefunden habe, die erforderliche Präcision und Bestimmtheit vermißt wird, so daß daraus ein zur Unterbrechung der Verjährung geeignetes Anerkenntniß sich mit Sicherheit nicht ergeben würde;

Daß demnach die event. Beweisanträge des Appellanten schon aus diesem Grunde unberücksichtigt zu lassen sind;

Aus diesen Gründen

verwirft der Rhein. Appell.-Ger.-Hof die wieder das Urtheil

Digitized by Google

des Königl. Landgerichtes zu Düsseldorf vom 11. Juni 1865 eingelegte Berufung und verurtheilt den Appellanten in Strafe und Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 11. October 1866.
Advokaten: Widenmann — Esser I.

Falliment. — Concordat. — Regreßklage des Cessionars.

Die Garantie-Forderung des Cessionars gegen den Cedenten wegen Nichtexistens einer vor Ausbruch des Falliments gethätigten Cession fällt nicht in das Concordat, wenn erst nach dessen Abschluß die Garantieklage entstanden ist.

Wenn ein Socius nach Abschluß eines Concordats eine Forderung einzieht, welche zwar in dem dem Fallimentsverfahren vorausgegangenen Societäts-Verhältniß ihren Ursprung hat, jedoch erst nach dem Concordat sich realisirt hat, so fällt die Klage des andern Socius gegen seinen frühern Gesellschafter auf Herausgabe der Hälfte ebenfalls nicht in das Concordat.

Buzer — Bruno.

Buzer hatte die Ausbaggerung eines Rheinhafens für die Königl. Regierung in Düsseldorf übernommen und später den Bruno als Theilhaber angenommen. Diese Societät wurde aufgelöst und war in Folge dieses Verhältnisses Bruno Gläubiger des Buzer geworden. Nach Inhalt des zwischen Buzer und der Königl. Regierung abgeschlossenen Vertrags leistete letztere nach Maßgabe der ausgeführten Arbeiten Abschlagszahlungen, hielt jedoch als Garantie für die Durchführung sämmtlicher Bauten 20% der Gesammtsumme zurück. Diese 20% cedirte Buzer an Bruno, welchem dies Sachverhältniß bekannt war, zur Deckung dessen Forderung, sodann wurde in einem besondern Vertrage verabredet, daß ein Gnadengeschenk, welches man von dem Staatsministerium für besondere nicht vorausgesehene Arbeiten erwartete, zwischen beiden Gesellschaftern getheilt werden sollte. Hierauf fallirte Buzer und da er nicht mehr im Stande war, selbst die übernommenen Arbeiten auszuführen, so that dies die

Digitized by Google

Königl. Regierung für seine Rechnung, wodurch die 20% bis auf 28 Thlr. absorbirt wurden. Nach Abschluß eines Concordats fand mit der Regierung Abrechnung Statt und erhielt Buzer außer jenen 28 Thlr. das von dem Staatsministerium inzwischen eingegangene Gnadengeschenk.

Bruno klagte hierauf gegen die Regierung auf Zahlung der cedirten Beträge, wurde jedoch rechtskräftig abgewiesen, nur obige 28 Thlr. wurden ihm zugesprochen. Hierauf erhob Bruno gegen Buzer die Garantieklage aus der Cession und außerdem auf Herausgabe des halben Gnadengeschenks und erwirkte am Appellhof ein obsiegendes Contumazial-Urtheil; hiergegen opponirte Buzer und behauptete Bruno könne nur die concordatsmäßigen Procente seiner Forderung verlangen.

Der Hof erließ folgendes

Urtheil:

In E., daß die dem Oppositen vor dem Concurse des Opponenten (20. Oktober 1862) zustehende Forderung durch die Cession vom 26. März 1862 um den Betrag der dem Oppositen cedirten 5399 Thlr., wofür der Opponent den Cessionspreis durch Abrechnung auf seine Schuld empfangen zu haben bekennt, getilgt wurde.

Daß, da die Rechtsbeständigkeit der Cession dabei nicht von der Bedingung ihrer Realisirung abhängig gemacht war, in dieser Beziehung nur die gesetzliche Garantie-Pflicht des Cedenten eintrat.

Daß, wenngleich dem Oppositen bekannt war, daß das cedirte Guthaben des Opponenten für gelieferte Arbeiten gegen die Königl. Regierung nicht unbedingt, sondern nur in der Voraussetzung der Erfüllung seiner gegen sie eingegangenen Verbindlichkeiten einziehbar war, hieraus nicht folgt, daß durch die Nicht-Einziehbarkeit der Forderung die Cession in Bezug auf die Garantiepflicht des Opponenten als aufgehoben zu betrachten, und an deren Stelle seine frühere Verbindlichkeit getreten wäre.

In fernerer Erwägung, daß der Regreß-Anspruch des Oppositen gegen seinen Cedenten erst in dem Augenblick entstand, wo es sich ergab, daß ersterem das Objekt der Cession selbst entging.

Daß dieser Zeitpunkt nicht schon dann eintrat, als der Opponent es unterließ, die übernommenen Arbeiten fortzu-

Digitized by Google

führen, und die Königl. Regierung zu deren Vollendung auf seine Kosten berechtigt wurde.

Daß nach dem Schreiben der Königl. Regierung an den Oppositen vom 9. November 1863 selbst damals noch nicht feststand, ob und für welche Summe der Opponent für seine gelieferten Arbeiten Gläubiger blieb.

Daß vielmehr erst durch die am 21. Dezember 1863 mit ihm geschlossene Abrechnung festgestellt wurde, daß sein desfallsiges Guthaben an die Regierung durch die Arbeiten, welche die Letztere auf seine Kosten ausführen ließ, bis auf den Restbetrag von 28 Thlr. 3 Sgr. 5 Pfg. erschöpft war, — so wie denn andererseits der Opposit erst durch diese Abrechnung die Gewißheit erlangte, für welchen Theil die ihm cedirte Forderung einziehbar, und für welchen andern Theil seine Regreßklage gegen den Opponenten begründet war.

Daß daher sein erst in diesem Zeitpunkt begründeter Regreß-Anspruch von dem gegen den Opponenten schon früher eingetretenen Concurs- und Accord-Verfahren nicht betroffen wurde;

J. E., daß von der hiernach durch das angegriffene Contumazial-Urtheil mit Recht zuerkannten Hauptsumme von 5370 Thlr. 26 Sgr. 7 Pfg. dem Oppositen auch die Zinsen vom 9. Januar 1864 zustehen, weil die damals gegen die Königl. Regierung eingeklagte Haupt- und Zinsen-Summe in Folge der Cession dem Oppositen hätte zukommen müssen, und in deren Aberkennung der Schaden besteht, welchen der Opposit durch Entwährung erlitten hat.

Soviel sodann das zweite Klage-Petitum betrifft:

J. E., daß laut Inhalt der zwischen den Parteien getroffenen Privat-Uebereinkunft vom 26. März 1862 dieselben sich bei Auseinandersetzung der Gesellschaft die Theilung einer bei der Königl. Regierung in Anspruch genommenen Vergütung für besondere Arbeiten, die während der Dauer der Societät geleistet worden, vorbehalten haben.

Daß dieser Anspruch, wenngleich auf dem vor Ausbruch des Concurses des Opponenten bestandenen Societäts-Verhältnisse beruhend, doch erst durch das am 30. November 1863 Seitens der Königl. Regierung bewilligte Gnadengeschenk seine Begründung gefunden hat.

Digitized by Google

Daß, wenn demnächst der ganze Betrag der Vergütung vom Opponenten eingezogen, resp. bei der am 21. Dezember 1863 mit der Königl. Regierung gehaltenen Abrechnung zu seinen Gunsten verrechnet, das Recht des Oppositen auf Erstattung der Hälfte erst nach dem Concurse und Accord gegen den Opponenten erwachsen, mithin der Reduktion auf den bloßen Procentsatz nicht unterworfen ist, daß auch keineswegs vom Opponenten dargethan ist, daß die vom Oppositen im Concurs-Verfahren angemeldete Forderung den nämlichen Gegenstand habe.

III. Senat. Sitzung vom 21. November 1866.

Advokaten: Herbertz — Esser I.

Interventions-Befugniß des Falliten. — Seine Qualification zur Einlegung der Berufung. — Verannehmbarkeit der Letztern bei unterlassener Zuziehung des Syndiks.

Der Fallit **kann** in einem Prozesse, den der Syndik in Betreff eines Rechtes der Fallitmasse führt, als Intervenient zugelassen werden.

Er hat alsdann die Qualification zur Stellung selbstständiger Anträge und Einlegung von Rechtsmitteln.

Als Intervenient ist er formell schon dann zu betrachten, wenn er vom Kläger mit dem Syndik zugleich vorgeladen ist und Anträge zur Sache nimmt.

Seine Berufung dem Kläger gegenüber ist jedoch nur unter der Bedingung annehmbar, daß zugleich der Syndik als grundsätzlicher Vertreter der Masse in die zweite Instanz gezogen wird.

Busch — Marcus.

Die Befugniß des Falliten in Prozessen über Rechte der Masse zu interveniren, wenn die Sache hierzu angethan ist, wird von der Jurisprudenz allgemein anerkannt. Zu vergleichen Sirey-Gilbert code de commerce, Art. 443 Note 110. In diesem, auf dem französischen Gesetze vom 28. Mai 1838

Digitized by Google

beruhenden Artikel hat die bis dahin von der Doctrin und Rechtsprechung eingeführte Interventions-Befugniß ihre ausdrückliche Sanction erhalten durch die Verfügung: Le tribunal lorsqu'il le jugera convenable, pourra recevoir le falli partie intervenante.

Busch hatte von Marcus Grundstücke bis 1872 gepachtet und wurde, nachdem er in Fallitzustand gerathen war, zugleich mit dem Syndik seiner Masse vom Verpächter auf Resiliation des Vertrages beim Landgerichte in Elberfeld belangt. Der Syndik bestritt die Klage nicht, Busch dagegen erhob Einwendungen und appellirte demnächst gegen das die Resiliation aussprechende Urtheil, jedoch nur dem Kläger Marcus gegenüber, ohne den Syndik in die Berufungs-Instanz zu ziehen.

Urtheil:

In E., daß Appellant seine Berufung bloß gegen den Kläger Marcus gerichtet, dagegen den mitverklagten Syndik seiner Fallitmasse in die zweite Instanz vorzuladen unterlassen hat, und hieraus der Einwand der Unannehmbarkeit der Berufung hergeleitet wird;

Daß der Syndik zur Vertretung des streitigen Pachtrechtes, da es die Natur eines persönlichen Rechtes des Falliten nicht an sich trägt, grundsätzlich berufen ist;

Daß zwar dem Appellanten, mit Rücksicht auf seine rechtliche Stellung zur Fallitmasse überhaupt und insbesondere das Verhältniß einer über die muthmaßliche Dauer des Fallitzustandes hinausreichenden Pachtung, zur Wahrung von Vortheilen der Masse und damit conkurrirenden eigenen Interessen die Befugniß zur Intervention in einem die Existenz des Pachtvertrags betreffenden Rechtsstreite und hiermit das Recht zur Stellung selbstständiger Anträge sowie folgeweise zur Einlegung von Rechtsmitteln zuerkannt, — auch ferner angenommen werden kann, daß derselbe, nachdem er, als Streitgenosse des Syndiks in den Prozeß gezogen, Anträge zur Sache genommen hatte, den beiden andern Parteien gegenüber in die Stellung eines Intervenienten eingetreten war, — hieraus aber eben nur seine Qualification zur Erhebung von Beschwerden gegen das ergangene Urtheil folgen würde, wohingegen die Möglichkeit einer rechtlich wirksamen Entscheidung in der Hauptsache nach dem oben angeführten Satze über das Recht zur Repräsentation des offenbar untheilbaren

Digitized by Google

Streitobjectes durch Zuziehung des Syndiks in die Berufungsinstanz bedingt erscheint;

Daß hiernach die vorliegende unvollständige Berufung als unannehmbar zurückzuweisen ist;

J. E., daß übrigens auch durch die feststehende Thatsache, daß von dem in der Wohnung des Appellaten zu zahlenden Pachtzinse zur Zeit der Klage und des Urtheils I. Instanz 95 Thlr. rückständig und im Executionswege eingefordert waren, ein ausreichender Auflösungsgrund gegeben ist, und die Anführungen des Appellanten das Richteramt zur Abänderung der getroffenen Entscheidung um so weniger bestimmen könnten, als ferner unbestritten ist, daß, abgesehen von den durch den Syndik späterhin berichtigten 95 Thlrn., nur noch, laut der, eine Anerkennung der Fortdauer des Pachtvertrags in keiner Weise enthaltenden Quittung des Appellaten vom 23. September v. J. die Pachtentschädigungen bis zum 1. August v. J. gezahlt sind, und die mit dem 1. November v. J. fällig gewordene weitere Rate des Pachtzinses gegenwärtig noch verschuldet wird;

Aus diesen Gründen

verwirft der Rhein. Appell.-Ger.-Hof die Berufung von dem Urtheile des Königl. Landgerichtes in Elberfeld vom 31. Juli v. J. als unannehmbar und ungegründet und verurtheilt den Appellanten in Strafe und Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 9. Januar 1867.

Advokaten: Herbertz — Lautz.

Retentionsrecht. — Vermiether.

Dem Vermiether steht kein Retentionsrecht an den Sachen des Miethers zu.

Clouth — v. Hatzfeld.

J. E., zur Sache selbst, daß die Entscheidung über die Hauptklage allein von der Frage abhängt: ob dem Appellanten ein Retentionsrecht an den inferirten Sachen seines gewesenen Miethers zusteht, oder nicht?

Daß diese Frage mit Recht in dem angegriffenen Urtheile verneint worden ist, da in den diesseitigen Gesetzen nirgendwo

Digitized by Google

dem Vermiether ein solches Recht eingeräumt ist, eine analoge Anwendung desselben auch auf andere, als in dem Gesetze speziell bezeichneten Fälle, da Ausnahmen strictissime zu interpretiren sind, hier um so weniger für zulässig zu erachten ist, als einerseits der innere Grund des gesetzlichen Retentionsrechts nämlich eine stattgehabte Verwendung auf die Sache Seitens des Inhabers, bei dem Vermiether als solchen nicht zutrifft und andererseits dem Letzteren das stärkere Recht des Art. 2102 Nro. 1 B.-G.-B. zur Seite steht, wodurch dessen Interesse genügend gewahrt worden ist, wie denn auch das B.-G.-B. wirklich nur in solchen Fällen dem Inhaber einer Sache ein Retentionsrecht gewährt hat, in denen nicht schon anderweit für die Sicherung desselben gesorgt war.

II. Senat. Sitzung vom 22. Dezember 1866.

Advokaten: Herbertz — Nacken.

Fallimentsverfahren. — Ausland. — Vollstreckbarkeits-Erklärung.

Ein im Auslande ergangenes handelsgerichtliches Urtheil, wodurch ein Fallimentsverfahren eröffnet wird, kann im Inlande nicht vollstreckbar erklärt werden.

Fremersdorf.

J. E., daß das Urtheil des Handelsgerichtes zu Brüssel vom 21. September 1866 die Eröffnung eines gegen den in Brüssel wohnenden Jean Fremersdorf dort durchzuführenden Fallimentsverfahrens zum Inhalt und Gegenstand hat;

Daß die verlangte Vollstreckbarkeits-Erklärung dieses Urtheils eine Unterwerfung des in Preußen gelegenen Vermögen des Fremersdorf unter das Fallimentsverfahren vor den belgischen Gerichten und nach belgischen Gesetzen in sich schließen würde;

Daß eine solche Anerkennung der Autorität der Gerichte und Gesetze des Auslandes über das in Preußen gelegene Vermögen auch in dem Falle, in welchem das ausländische Gericht wegen des Domicils des Gemeinschuldners dessen ordentlicher Gerichtsstand ist, weder nach den hiesigen Gesetzen

Digitized by Google

noch durch einen Staatsvertrag über die Rechtshülfe zwischen Preußen und Belgien sich rechtfertigt;

Daß der Art. 546 der B.-Pr.-O. hier keine Anwendung findet, da die Liquidation und Vertheilung des Vermögens im Fallimentsverfahren in ihrem Wesen eine Execution zur Befriedigung der Gläubiger ist, der hier gestellte Antrag daher nicht zum Gegenstand hat, für ein ausländisches Urtheil im Sinne des Art. 546 der B.-Pr.-O. die Vollstreckung im hiesigen Bezirk und nach den hiesigen Gesetzen zu vermitteln sondern nur unter dem Namen der Vollstreckbarkeits-Erklärung eines Urtheils in Wirklichkeit dahin zielt, ein in Belgien anhängiges Executions- und Vertheilungsverfahren gegen das in Preußen gelegene Vermögen wirksam zu machen und in Ausführung zu setzen;

Daß in Betreff der in Preußen gelegenen Vermögensobjekte eine Fallimentserklärung bei inländischem Gericht zu erwirken event. die gewöhnliche Execution von Seiten der Gläubiger einzuleiten ist, und bei derartigem Verfahren auch der Antragsteller dem Fremersdorf gegenüber als Repräsentant seiner belgischen Gläubigerschaft anzuerkennen ist, ohne daß es einer Vollstreckbarkeits-Erklärung bedarf;

Daß, insofern in dem vorliegenden Antrag insbesondere die Ermächtigung zu einer Eintragung in's Hypothekenbuch auf Grund des Art. 2123 des B.-G.-B. begehrt wird, und das Gesuch um Vollstreckbarkeits-Erklärung in dieser Beschränkung aufzufassen sein soll, von dem Antragsteller übersehen ist, einestheils daß, auch in Voraussetzung der Statthaftigkeit eines solchen Verlangens, das Erforderniß eines contradictorischen Verfahrens gegen Fremersdorf sich durch das Argument, daß der Syndik nicht gegen sich selber klagen könne, nicht beseitigen läßt, indem die Unterstellung, daß Fremersdorf von ihm in Preußen nicht selbst belangt werden könne, nicht zutreffend, sondern nur eine petitio principii ist, — anderntheils daß eine nach Art. 500 des code de commerce im Namen der Masse einzutragende Inscription im Hypothekenbuch ihrem Sinn und Wesen nach eine Beschlagnahme ist und nicht eine gerichtliche Hypothek aus dem Fallimentsurtheil bewirkt, so daß hier auch der auf die gerichtlichen Hypotheken bezügliche Art. 2123 des B.-G.-B. nicht anwendbar ist;

Digitized by Google

Aus diesen Gründen

verwirft der Appell.-Ger.-Hof die gegen den Beschluß des Königl. Landgerichts zu Köln vom 15. November 1866 eingelegte Berufung.

Sitzung vom 27. Dezember 1866.

Advokat: Wallraf.

Testamentsexekutor. — Befugnisse desselben. — Minderjährige. — Vermögens-Verwaltungsrecht des Vaters und Vormundes. — Intervention.

Ein Erblasser kann einem Testamentsexekutor Besitz und Verwaltung nur an dem Mobilar-Vermögen und nur auf ein Jahr, nicht aber über ein Jahr und auch nicht für den Immobilarnachlaß übertragen. — Der Richter hat, auch ohne speziellen Antrag der Erben die Gültigkeit einer die Befugnisse des Testamentsexekutors betreffenden testament. Verfügung zu prüfen.

Der Testamentsexekutor ist nicht befugt, die im Testamente angeordnete Ausschließung derjenigen Erben zu beantragen, welche das Testament insoweit angreifen, als es dem Testamentsexekutor weitergehende Rechte zuweist, als das Gesetz gestattet.

Das Verwaltungsrecht des Vaters und Vormundes über das Vermögen seiner Minderjährigen gibt demselben das Recht zur Intervention in einen Prozeß, in welchem der Testamentsexekutor weitergehende Rechte als die obigen in Anspruch nimmt.

Maaßen — Bieger.

Der Rentner Populo zu Ehrenfeld setzte durch Testament vor Notar Bieger vom 27. October 1864 unter Auflage verschiedener Legate die 4 Kinder seiner Schwester Elisabeth, Ehefrau Johann Peter Maaßen, Küster in Bedburg, zu Universalerben ein unter Ausschluß des letzteren von dem Genuß

Digitized by Google

der Revenüen der unter seiner Vormundschaft stehenden minderjährigen Kinder. In einem eigenhändigen Testamente von demselben Tage ernannte er sodann den Notar Bieger zu seinem Testamentserekutor, setzte ihn in den Besitz seines Nachlasses — welcher in Mo- und Immobilien bestand — und ordnete an, daß seine ernannten Erben sein Vermögen sowie die Revenüen desselben nicht eher erhalten sollten bis sie 30 Jahre alt seien, daß sein Exekutor sein Vermögen bis dahin verwalten und die Revenüen wieder anlegen und daß derjenige seiner Erben, der etwas hiergegen einwende, von dem Nachlasse ausgeschlossen werden solle.

Nach dem Tode des Populo erhoben die beiden großjährigen eingesetzten Erben Bertram und Katharina Maaßen gegen den vom Familienrath für die beiden Minderjährigen bestellten Tutor ad hoc, Feldhüter Lenzen, sowie gegen den Testamentserekutor Bieger Klage auf Theilung des Nachlasses des Populo unter Zugrundelegung des notariellen Testaments. Lenzen setzte der Theilungsklage keinen Widerspruch entgegen. Notar Bieger verlangte, daß der Theilung auch das olographische Testament zu Grunde zu legen und derjenige der eingesetzten Erben, welcher diesem Antrage widerspreche, von der Erbschaft auszuschließen sei.

In diesen Rechtsstreit intervenirte Johann Peter Maaßen und beantragte zu erkennen, daß die dem Testamentserekutor eingeräumte Berechtigung zu beschränken sei auf Besitz und Verwaltung des Mobilar-Vermögens und nicht über 1 Jahr und daß die weitergehende Befugniß gesetzlich unwirksam sei, ihm aber die Verwaltung des seinen minderjährigen Kindern gehörigen Vermögensantheils zustehe. (Art. 1026 u. 385 des B.-G.-B.) Notar Bieger behauptete die Gültigkeit der im olographischen Testament enthaltenen Verfügungen, bestritt dem Intervenienten, da er nicht Vormund sei, die Qualification, Bestimmungen anzugreifen, welche die vormundschaftliche Vermögens-Verwaltung beträfen, äußersten Falls beschränke sich sein Recht bis zum 18. oder 21. Lebensjahr seiner Kinder. Kläger und Beklagte gaben die Entscheidung über die Intervention dem Ermessen des Gerichts anheim.

Das Landgericht verordnete die Theilung nach Maßgabe beider Testamente und wies den Intervenienten wegen mangelnder Activlegitimation zurück; es ging hierbei von der Ansicht aus, daß die im olographischen Testamente enthaltenen

Digitized by Google

Verfügungen als nicht von öffentlichem Interesse, ohne Anträge der Parteien nicht zu prüfen seien und betr. der Intervention, daß die Frage über die Verwaltung des Vermögens der Minderjährigen nicht von dem parens als solchem, sondern nur von ihm als Vormund zu kritisiren sei; den Minderjährigen sei aber auch zur Zeit noch kein Vermögen anerfallen. Gegen diese Entscheidung legte sowohl der Intervenient Maaßen wie auch der Tutor ad hoc Berufung ein; sie stützten dieselbe darauf, daß die Bestimmung im olographischen Testamente gesetzwidrig sei und das Urtheil sowohl die Rechte der Minderjährigen wie die dem Maaßen zustehenden Verwaltungs- und Nutzungsbefugnisse verletze.

Notar Bieger behauptete nicht nur die Gesetzmäßigkeit jener Verfügungen und bestritt den Appellanten die Qualification, sondern legte auch Incident-Berufung ein und beantragte die Ausschließung der Minderjährigen von der Erbschaft, überhaupt aller Erben, welche das Testament angegriffen hätten, bez. noch angreifen würden. Die Appellanten behaupteten, daß Bieger zur Incident-Berufung nicht qualifizirt sei; zur Anwendung der im olographischen Testamente enthaltenen Strafklausel sei nur ein Miterbe berechtigt.

Nach Hinterlegung der Anträge starb der eine Kläger und Coappellat Bertram Maaßen mit Hinterlassung des Intervenienten als Universalerben. Hierauf gestützt behauptete derselbe, daß das olographische Testament jedenfalls nur den eingesetzten Erben, nicht aber ihm entgegenstehe. Bieger bestritt die Zulässigkeit dieses Antrags.

Der Hof erkannte in Uebereinstimmung mit den Anträgen des öffentl. Ministeriums wie folgt:

Urtheil:

In Erw., was die Entscheidung des ersten Richters in der Hauptsache und die in dieser Beziehung erhobene Hauptberufung betrifft:

Daß über die vom ersten Richter verordnete Theilung des Nachlasses des verstorbenen Math. Theod. Jos. Populo unter den Parteien kein Streit obwaltet;

Daß die Beschwerde der Hauptappellanten sich dahin concentrirt, daß der erste Richter mit Unrecht, dem Antrage des Verklagten und jetzigen Mitappellaten Notar Bieger als Testamentsexekutor entsprechend, verfügt hat, daß die

von ihm verordnete Theilung unter Zugrundelegung des eigenhändigen Testamentes des Testators vom 27. Oktober 1864 erfolgen solle;

J. E., daß der Testator neben dem authentischen Testamente von demselben Tage, durch welche er die 4 Kinder seiner verstorbenen Schwester zu seinen Universalerben ernennt und eine Anzahl Vermächtnisse aussetzt, in dem fraglichen olographischen Testamente den Mitappellaten Notar Bieger zum Exekutor bestellt, ihn in den Besitz seines Nachlasses einsetzt und verfügt, daß, bis die Erben 30 Jahre alt seien, der Exekutor das Vermögen verwalten und die Revenüen nach einem Jahre anlegen solle;

Daß der Sinn dieser das authentische Testament ergänzenden Verfügung nicht dahin aufzufassen ist, daß die Schwester-Kinder des Testators ihn erst, wenn sie 30 Jahre alt geworden, beerben sollen, sondern dahin, daß unbeschadet der ohne Zeitbeschränkung verfügten Erbesinstitution die Verwaltung des ihnen sofort anerfallenen Nachlasses und der Bezug der ihnen aus der Erbschaft erwachsenden Revenüen statt ihnen selbst oder ihren gesetzlichen Vertretern, während der angegebenen Zeit dem vom Testator bestellten und in den Besitz des Vermögens eingesetzten Exekutor obliegen soll, so daß Letzterer erst nach Ablauf jener Periode den durch die zwischenzeitlich bezogenen Revenüen vergrößerten Nachlaß an die Erben auszuhändigen hat;

Daß der Appellat Bieger, indem er, als Exekutor von den Erben zu dem Theilungsverfahren hinzugerufen, beantragt, die Theilung nur unter Zugrundelegung des bez. olographischen Testamentes zu verordnen, den Erben gegenüber durch Urtheil festgestellt haben will, daß er auch nach der Theilung an den den einzelnen Erben zugewiesenen Vermögensobjekten bis zu dem fraglichen Zeitpunkte den ihm im olographischen Testamente übertragenen Besitz nebst Verwaltung auszuüben habe;

Daß, wie in dieser Instanz so auch schon in erster Instanz keiner der beheiligten 4 Erben diesem Antrage des Exekutors beigetreten ist oder zugestimmt hat, indem namentlich die in erster Instanz von sämmtlichen Erben abgegebene Erklärung, daß sie die Entscheidung über die Gültigkeit der bezogenen Bestimmungen des olographischen Testamentes dem

Digitized by Google

Ermessen des Richters anheimstellen, keineswegs eine solche Zustimmung enthält;

Daß bei diesem Verhalten der Erben der erste Richter aus dem Umstande, daß keiner der Hauptparteien zu einer positiven Anfechtung des Testamentes übergegangen war, keinen Grund entnehmen konnte, sich der Prüfung der Frage zu entziehen, ob das Testament bezüglich der fraglichen Bestimmungen nicht von Rechtswegen ungültig und eben deshalb zur rechtlichen Begründung des von den Erben nicht genehmigten Antrages des Testamentsexekutors nicht geeignet sei, da der Mangel einer ausdrücklichen Anfechtungs-Erklärung nur dann von rechtlicher Bedeutung war, wenn sich ergab, daß die Verfügung des Testators an sich und bis zu einer solchen Anfechtung als gültig zu erachten sei;

J. E., daß nun aber die Prüfung dieser Frage im Gegentheil zu dem Resultate führt, daß der Testator rechtlich nicht befugt war, dem Testamentsexekutor den Besitz und die Verwaltung des Nachlasses in der Ausdehnung, wie dies in dem vorliegenden Testamente geschehen ist, zu übertragen;

Daß nämlich das geltende Gesetzbuch, indem es das Institut der Testamentsvollstrecker aus dem frühern Rechte herübergenommen hat, dem Testator das Recht gibt, zur Sicherung der von ihm bestellten Vermächtnisse eine Person mit der Befugniß zu versehen, aus eigenem Rechte in Kraft der ihr vom Testator ertheilten, von den Erben nicht widerrufbaren Vollmacht für die Vollziehung des Testamentes zu sorgen und die Berichtigung der Vermächtnisse im Interesse der Legatare nöthigen Falls von den Erben gerichtlich zu erzwingen;

Daß darüber hinausgehend das Gesetz dem Testator sogar gestattet, den factischen Besitz der Nachlaßmasse den Erben zu entziehen und dem Testamentsexekutor gleich einem Sequester zu übertragen, um eines Theils die Erben der faktischen Möglichkeit zu berauben, den Nachlaß vor Berichtigung der Legate zu verbringen, andern Theils den Exekutor selbst in Stand zu setzen, unmittelbar aus den Baarbeständen des Nachlasses oder durch die in gesetzlicher Weise zu erwirkende Versilberung desselben die Vermächtnißnehmer zu befriedigen;

Daß aber das Gesetz diese Befugniß nur unter der dreifachen Beschränkung verleiht, daß der Besitz des Exekutors

Digitized by Google

sich nicht auf die Immobilien des Nachlasses erstreckt, daß er im Uebrigen nicht länger als Jahr und Tag währt, und daß der Erbe dieser Sequestration auch innerhalb dieser Frist dadurch ein Ende machen kann, daß er dem Exekutor die zur Berichtigung der Mobilar-Vermächtnisse nöthige Summe anbietet;

Daß aus dieser letzten Beschränkung schon erhellt, daß die dem Exekutor übertragbare Gewehr oder Besitzergreifung nur im Interesse der Vermächtnißnehmer den Erben gegenüber, nicht aber zu dem Zwecke gestattet ist, um die Erben selbst in ihrem eigenen Interesse vor der Gefahr der Vergeudung der Erbschaft oder ihrer Revenüen zu schützen;

Daß ferner aus dem Ausdrucke, durch den das Gesetz (Art. 1026) die Beschränkung, unter welcher dem Exekutor der Besitz gestattet werden kann, verfügt, — namentlich wenn man die legislativen Vorverhandlungen und den Wortlaut des ursprünglichen Gesetzentwurfs in Betracht zieht (Fenet tom 12. p. 386) — unzweifelhaft gefolgert werden muß, daß diese Verfügung nicht bloß dann gelten soll, wenn der Testator sich über den Umfang und die Dauer des Besitzes des Exekutors nicht näher ausgesprochen hat, sondern für den Willen des Testators eine absolute Rechtsschranke bilden soll, über welche hinaus der ausdrücklichste Wille des Testators keine Gültigkeit hat, so daß also über diese Grenze hinaus ein Dritter nur aus der freien Zustimmung der Erben selbst, nicht aber aus der Erklärung des Testators allein die Vollmacht herleiten kann, den Nachlaß statt der Erben und für dieselben zu besitzen und zu verwalten;

J. E., daß es hiernach rechtlich unmöglich ist, durch letztwillige Verfügung dem Testamentsexekutor eine die Beschränkung des Art. 1026 überschreitende Befugniß zu ertheilen;

Daß daher dem Antrage des Appellaten Bieger, und zwar allen Erben gegenüber, nur mit der Maaßgabe stattgegeben werden durfte, daß der in dem bezogenen olographischen Testamente dem Testamentsexekutor übertragene Besitz und die Verwaltung des Nachlasses sich nicht auf die Immobilien des Nachlasses und bezüglich seiner Dauer nicht über Jahr und Tag nach dem Todestage des Testators erstrecke;

Daß daher, da aus diesem Grunde für alle 4 Erben eine Reformation der Entscheidung des ersten Richters erfol-

Digitized by Google

gen muß, es der besondern Erwägung nicht mehr bedarf, daß bezüglich des Erbantheils des als Mitappellaten aufgeführten Bertram Maaßen die fragliche Bestimmung des Testamentes, auch wenn sie gültig wäre, keine weitere Anwendung finden kann, da dieser Erbe inmittelst verstorben, und von dem als Intervenienten und Hauptappellanten im Prozesse anwesenden Joh. Peter Maaßen, seinem Vater, der das Alter von 30 Jahren überschritten hat, beerbt worden ist und Letzterer, auf diese Thatsachen gestützt, event. beantragt hat, daß das Testament, bezüglich der erwähnten Bestimmungen, auf ihn nicht anwendbar erklärt werde;

J. E. auf die Incidentberufung des Mitappellaten Bieger:

Daß der Antrag des Incidentappellanten, insoweit er die zu Grunde-Legung beider Testamente verlangt, ohne Gegenstand ist, da das authentische Testament, auf welches sich der Antrag des Incidentappellanten in erster Instanz nicht erstreckt, bereits in der Klage selbst dem Antrag auf Theilung zu Grunde gelegt ist, und dessen Gültigkeit und Anwendbarkeit von keiner Seite in Frage gestellt ist;

J. E., daß der fernere Antrag des Incidentappellanten, — auf Grund der in dem olographischen Testamente enthaltenen Strafklausel diejenigen Erben, welche Einwendungen gegen dasselbe erheben, nämlich den Joh. Peter Maaßen als Erbe des Bertram und die durch den Tutor ad hoc vertretenen beiden minderjährigen Erben vom Nachlasse des Populo auszuschließen, — zunächst schon deshalb abzuweisen ist, weil dem Incidentappellanten in seiner Eigenschaft als Exekutor die Legitimation zu diesem Antrage fehlt;

Daß nämlich zwar die Zuziehung des Testamentsexekutors zu der zwischen den Geschwistern Maaßen resp. dem Vater vorzunehmenden Theilung des Nachlasses des verstorbenen Populo den Exekutor berechtigen würde, gegen dieses Verfahren den Einwand geltend zu machen: daß der fragliche Nachlaß, ganz oder zum Theil, andern Personen als denjenigen, welche zur Theilung zugezogen sind, gehöre, da die Zuziehung des Exekutors zu dem gegenwärtigen Theilungsverfahren, auch ohne einen ausdrücklichen Antrag auf Auslieferung des vom Exekutor in Besitz genommenen Nachlasses an die Theilungsberechtigten, unausgesprochen den Sinn hat, daß dem Exekutor gegenüber die Berechtigung

Digitized by Google

der theilenden Parteien am ganzen Nachlaß festgestellt werden soll;

Daß aber der Antrag des Incidentappellanten, auch wenn ihm entsprochen würde, nicht zur Folge hätte, daß andere, zur Theilung nicht zugezogene Personen an dem fraglichen Nachlasse betheiligt wären, vielmehr die Folge des vom Incidentapppellanten verlangten Ausschlusses von 3 der zur Theilung berufenen Erben nur die sein würde, daß der 4. Erbe, die Mitappellatin Kath. Maaßen, den ganzen Nachlaß erhalten würde;

Daß aber diese Mitappellatin den Ausschluß ihrer Geschwister resp. ihres Vaters als Erben des Bertram, nicht nur nicht verlangt, sondern dem Antrage des Incidentappellanten und Testamentsexekutors ausdrücklich widerspricht, somit nicht bloß in ihrem Verhältnisse zu ihren Geschwistern und ihrem Vater, sondern auch in ihrem Verhältnisse zu dem Exekutor es gelten lassen will, daß nicht sie allein, sondern ihre Geschwister resp. deren Erben mit ihr den Nachlaß zu je ¼ zu beanspruchen haben;

Daß auch die Verpflichtung des Testamentsvollstreckers, über die Ausführung des Testamentes des Erblassers zu wachen, den Incidentappellanten zu dem vorliegenden Antrage nicht berechtigen kann, da die von dem Testator angedrohte Ausschließung der seinem Testamente widersprechenden Erben nur den Zweck hat, eine rechtlich ungültige Ausdehnung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers zur Durchführung zu bringen, die Ausführung einer solchen ungültigen Verfügung zu bewirken aber nicht zu den Pflichten und Rechten des Testamentsvollstreckers gehört;

J. E., daß außerdem, von dem Mangel der Legitimation abgesehen, der Antrag des Incidentappellanten auch materiell ungegründet ist, da die Frage der Gültigkeit der betreffenden Bestimmungen des Testamentes nicht erst durch die Einwendungen der einzelnen Erben, sondern durch den vom Incidentappellanten gestellten Antrag, jenes Testament der Theilung zu Grunde zu legen, zur richterlichen Entscheidung gebracht, und diese Entscheidung sich nach der obigen Ausführung nicht auf die Thatsache stützt, daß die instituirten Erben das Testament bezüglich jener Bestimmungen anfechten, sondern darauf, daß Kraft einer durch Privatwillkühr nicht abzuändernden gesetzlichen Bestimmung dem Testator die Befugniß

Digitized by Google

abgeht, die Rechte des Testamentsvollstreckers so weit auszudehnen, als dies im vorliegenden Falle geschehen ist;

Daß demnach die Incidentberufung allen Parteien gegenüber zu verwerfen ist und daher unerörtet bleiben kann, ob den Mitappellaten des incidenter appellirenden Appellaten gegenüber noch, wie behauptet wird, ein besonderer Grund der Abweisung vorliegt;

J. E. auf die Hauptberufung, soweit sie die Entscheidung des ersten Richters über die Intervention des Hauptappellanten Joh. Peter Maaßen Vaters betrifft:

Daß gemäß der nach obiger Ausführung zu erlassenden Entscheidung der Testamentsvollstrecker auf Grund des olographischen Testamentes die Gewehr und Verwaltung des Nachlasses nur bezüglich der Mobilarerbschaft und nur während eines Jahres auszuüben hat;

Daß folgeweise im Uebrigen die Antheile der beiden minorennen Kinder Maaßen an dem Nachlasse der Verwaltung ihres Vaters, des Intervenienten und jetzigen Appellanten zufallen;

Daß nicht zu untersuchen ist, ob es dem Erblasser zugestanden hätte, dem Vater und Vormund der Minorennen außer der aus der väterlichen Gewalt hergeleiteten Nutznießung auch die Verwaltung bezüglich der Erbschaftsantheile der Minorennen zu entziehen, da eine besondere Verfügung dieses Inhaltes in keinem der beiden Testamente vorliegt und aus der allgemeinen gesetzlich ungültigen Verfügung, wonach der Testamentsexekutor ohne Rücksicht auf Großjährigkeit oder Minderjährigkeit der Erben den Nachlaß bis zum 30. Jahre verwalten soll, keine Verfügnng des Inhaltes ausgeschieden werden kann, daß jedenfalls dem Vormunde der beiden minderjährigen Erben die vormundschaftliche Verwaltung bezüglich deren Erbantheile entzogen werden solle;

Daß daher die Intervention, so weit sie die Geltendmachung der Rechte des Vaters, die Erbschaftsantheile seiner Mündel zu verwalten, betrifft, gegründet ist;

Daß auch die Legitimation des Vaters, diese seine vormundschaftlichen Rechte dem Testamentsexekutor gegenüber geltend zu machen, nicht bezweifelt werden kann, und eine genügende Veranlassung zu dieser Geltendmachung durch die weitgehenden Ansprüche des Testamentsvollstreckers und den Inhalt des olographischen Testamentes gegeben war;

Digitized by Google

Daß auch der andere Antrag des Intervenienten, das olographische Testament in Betreff der oben besprochenen Rechte des Testamentsvollstreckers für unwirksam zu erklären, vom ersten Richter nicht wegen Mangels der Legitimation des Intervenienten abgewiesen werden durfte, da, wie bereits früher angeführt, der Sinn des olographischen Testamentes keineswegs, wie der erste Richter unterstellt, dahin geht, daß die instituirten Erben erst wenn sie 30 Jahre alt sind, den Nachlaß und dessen Revenüen erben sollen, sondern der Erbanfall und das Recht auf die Revenüen sofort beim Tode des Testators eintritt, — sonach der Vater und Vormund der erbenden Minorennen wohl berechtiget war, seine Ansprüche auf die vormundschaftliche Verwaltung der seinen Mündeln anerfallenen Erbantheile geltend zu machen und zu diesem Ende die Gültigkeit der seine Verwaltung ausschließenden Verfügung des Testamentes zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen;

Daß hiernach die Intervention auch in diesem Punkte als zulässig erachtet werden muß, jedoch in der Sache selbst sich durch die Entscheidung in der Hauptsache erledigt;

Aus diesen Gründen

reformirt der Rhein. Appell.-Ger.-Hof in der Hauptsache das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln vom 28. April 1865 in soweit, als dasselbe erkannt hat, daß der verordneten Theilung des Nachlasses des verstorbenen M. Th. Jos. Populo das olographische Testament des Erblassers vom 27. Oktober 1864 zu Grunde gelegt werden soll, erkennt statt dessen, daß dieses Testament der Theilung nur mit der Maaßgabe zu Grunde zu legen ist, daß der Besitz und die Verwaltung des Nachlasses, welche in dem Testamente dem Testamentsvollstrecker Notar Bieger in Köln übertragen sind, sich der Zeit nach nicht über Ein Jahr nach dem Tode des Erblassers und dem Gegenstande nach nicht auf die Immobilien des Nachlasses erstrecken; weiset die Incident-Berufung des Hauptappellaten Bieger ab; nimmt ferner unter Reformation des bezogenen Urtheils die Intervention des Hauptappellanten Johann Peter Maaßen an, und erkennt, daß dem Letztern, soviel die Erbantheile seiner Minorennen beiden Kinder Mathias Johann Joseph u. Joseph Hubert Maaßen an dem zu theilenden Nachlasse betrifft, das Recht der

Digitized by Google

Verwaltung als Vormund über das diesen Minorennen aus dem Nachlaß von Populo anerfallenden Vermögen zusteht, erklärt im Uebrigen die Intervention durch die Entscheidung in der Hauptsache erledigt;

III. Senat. Sitzung vom 9. Januar 1867.

Advokaten: Wallraf, Dubelmann, Herbertz.

Expropriation. — Werthverminderung. — Baupolizei-Ordnung.

Eine Eisenbahngesellschaft ist nicht verpflichtet, für diejenige Entwerthung eines theilweise expropriirten Grundstücks Schadenersatz zu leisten, welche dadurch entsteht, daß der Eigenthümer in Folge einer allgemeinen Baupolizei-Ordnung bauliche Anlagen nur in gewissen Entfernungen von der Bahnlinie errichten darf. *)

Köln-Mindener Eisenbahn — Vorster.

Dem Kaufmann Vorster wurde ein Theil seines zu Flingengeisten gelegenen und zu seiner daselbst gelegenen Ultramarinfabrik gehörigen Grundstückes in Folge der Expropriation entzogen. Derselbe verlangte in einer beim Königl. Landgerichte zu Düsseldorf angehobenen Klage vollständige Entschädigung

1. für das entzogene Terrain;

2. dafür, daß in Folge der Bauverordnung des Ministers des Innern und der Finanzen vom 4. Dezember 1847 er auf einer Strecke von 10 Ruthen von der nächsten Eisenbahnschiene keine Gebäulichkeiten errichten dürfe, in denen er leicht entzündbare Gegenstände, wie z. B. den zur Ultramarinfabrik nothwendige Schwefel aufbewahren könne, die er außerdem mit feuersicherer Bedachung versehen müsse;

3. dafür, daß er in Folge derselben Bauordnung auf einer Strecke von 5 Ruthen von der nächsten Eisenbahnschiene überhaupt keine Gebäulichkeiten errichten dürfe, und

*) In gleichem Sinne entschied der Appell.-Ger.-Hof III. Senat in der Sache Hörten — Rhein. Eisenbahn in der Sitzung vom 24. Januar 1867. Vergleiche die gleichlautende Jurisprudenz der belgischen Gerichte bei del Marmol de l'expropriation.

Digitized by Google

ſo den an ſich ſchlechten ausgeziegelten Boden nicht ſeiner Beſtimmung gemäß zu Bauplätzen verwenden könne;

Das Königl. Landgericht verordnete durch Urtheil vom 2. April 1864, indem es die Köln-Mindener Eiſenbahn-Geſellſchaft zum vollſtändigen Schadenserſatze über die Klagepetiten verurtheilte, ein Gutachten durch 3 Sachverſtändige bezüglich der dem Kläger gebührenden Entſchädigung.

Gegen dieſes Urtheil appellirte die Köln-Mindener Eiſenbahn-Geſellſchaft, worauf der Hof folgendes Urtheil erließ.

Urtheil:

J. E., daß die von dem Appellaten artikulirten Beſchränkungen in der freien Verfügung über ſein Eigenthum, auf Grund deren er, wegen dadurch bewirkten Entwerthung desſelben, von der Appellantin Schadenserſatz verlangt, nicht als eine Folge der ſtattgehabten Expropriation eines Theiles deſſelben resp. als Nachtheile zu erachten ſind, die durch dieſe theilweiſe Entziehung des Eigenthums für den dem Appellaten verbliebenen Reſt deſſelben erwachſen ſind;

Daß es ſich ebenſowenig bei den fraglichen Beſchränkungen von der Einrichtung und Unterhaltung von Anlagen, welche die Appellantin in Gemäßheit des Art. 14 des Geſetzes vom 3. November 1838 auf Erfordern der Regierung vorzunehmen verpflichtet iſt, resp. von dem durch deren Unterlaſſung erwachſenen Schaden handelt;

Daß vielmehr durch die Errichtung der Eiſenbahn und die derſelben vorausgegangene Expropriation dieſe Beſchränkungen nur indirekt und inſoweit verurſacht worden ſind, als in Folge der gedachten Errichtung die Verordnung vom 4. Dezember 1847 zur Anwendung gekommen iſt, und es ſich daher im vorliegenden Falle weſentlich fragt, ob die Appellantin für die durch dieſe Verordnung herbeigeführten Nachtheile dem Appellaten zur Entſchädigung verpflichtet erachtet werden kann;

J. E., daß nun in dem Art. 544 des B.-G.-B. das Dispoſitionsrecht des Eigenthümers einer Sache inſoweit beſchränkt iſt, als er keinen Gebrauch machen darf, der durch Geſetze oder Reglements unterſagt iſt, eine Beſchränkung, welche weſentlich diejenigen geſetzlichen Servituten zum Gegenſtande hat, welche nach Art. 650 des B.-G.-B. zum

Digitized by Google

öffentlichen oder zum Nutzen einer Gemeinde eingeführt, und durch Gesetz oder Reglement geregelt sind;

Daß auch für diese durch Gesetz oder Reglement angeordneten Beschränkungen weder in dem Art. 544 noch in dem Art. 650 ein Recht auf Entschädigung anerkannt oder eingeräumt ist, während nach Art. 545 des B.-G.-B., dem, der des öffentlichen Nutzens wegen zur Abtretung seines Eigenthums genöthigt wird, volle Entschädigung gezahlt werden soll;

Daß dieser Gegensatz klar ergibt, daß nach der Absicht des Gesetzgebers im Allgemeinen für die gesetzlichen und reglementsmäßigen Beschränkungen des Eigenthums eine Entschädigung nicht Statt finden solle, die daher auch nur dann als Ausnahme in Frage kommen kann, wenn sie für speciell auferlegte Beschränkungen ausdrücklich gesetzlich anerkannt ist;

Daß auch die Bestimmung des Art. 9 der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 und insbesondere die Schlußworte des Art. die Annahme nicht rechtfertigen, daß dabei die Absicht vorgewaltet habe, die bis dahin bestandene gesetzliche Bestimmung, wonach für gesetzliche resp. durch Reglements eingeführte Beschränkungen des Eigenthums eine Entschädigung nicht prästirt zu werden brauche, aufzuheben;

Daß eben so wenig ferner die Bestimmung des §. 4 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 zur Anwendung kommen kann, da sie nur den Fall der Belastung eines Einzelnen im Interesse des Allgemeinen, nicht aber den hier zur Sprache kommenden Fall der generellen Belastung gleichartiger Grundstücke in Folge einer allgemeinen Maaßregel zum Gegenstand hat;

Daß es sich daher nur noch fragt, ob die im Amtsblatte der Königl. Regierung zu Düsseldorf vom Jahre 1847 pag. 620 publizirte polizeiliche Verordnung des Ministers des Innern und des Finanz-Ministers vom 4. Dezember 1847, deren fortdauernde verbindliche Kraft nach §. 19 des Gesetzes vom 11. März 1850 keinem begründeten Bedenken unterliegen kann, als ein Reglement im Sinne der Art. 544 u. 650 alin. 2 des B.-G.-B. angesehen werden muß;

Daß dieses aber nach dem Inhalte derselben, der ganz allgemein, zur Beseitigung der Feuersgefahr polizeiliche Vorschriften über die Errichtung von Gebäuden und Lagerung von Materialien in der Nähe von Eisenbahnen zum Gegen-

Digitized by Google

ſtande hat, und Zuwiderhandlungen mit beſtimmten Strafen bedroht, angenommen werden muß; daß wenn auch die Verordnung, was ſich nicht erkennen läßt, das Intereſſe der Eiſenbahnen inſoweit nahe berührt, als durch dieſelbe Entſchädigungs-Anſprüche wegen, durch den Betrieb der Bahnen veranlaßten Brände, vermieden werden, dieſer Umſtand doch bei Würdigung der Verordnung ſelbſt alle Erheblichkeit verliert, wenn man berückſichtiget, daß dieſelbe eine für den ganzen Umfang des preußiſchen Staates erlaſſene Polizei-Verordnung darſtellt, die erlaſſen worden iſt, um Gefahren und Nachtheile in Beziehung auf Perſonen und Sachen zu verhüten, die durch einen in Folge des Betriebes der Eiſenbahnen veranlaßten Brand herbeigeführt werden könnten;

Daß ebenſo die Beſtimmung des §. 3. der gedachten Verordnung, wodurch die Regierungen ermächtigt ſind, in einzelnen Fällen, in welchen durch die örtlichen Verhältniſſe auch bei einer geringeren, als der in den vorhergehenden Paragraphen beſtimmten Entfernung eine Feuersgefahr ausgeſchloſſen wird, nach vorher erforderter gutachtlichen Aeußerung der betreffenden Eiſenbahn-Direktion, Ausnahmen eintreten zu laſſen, in keiner Weiſe geeignet iſt, der Verordnung ſelbſt den Charakter einer allgemeinen Verordnung zu entziehen;

Daß unter dieſen Umſtänden der Appellat, wegen der durch das gedachte Reglement in der Benutzung ſeines Eigenthums ihm auferlegten Beſchränkungen, da ſie in die Kategorie der im Art. 650 erwähnten Servituten gehören, eine Entſchädigung zu fordern nicht berechtigt erſcheint und ſein der Appellantin gegenüber dieſerhalb erhobener Anſpruch daher deren Antrag gemäß abgewieſen werden muß, wodurch ſich die event. Anträge von ſelbſt erledigen;

Aus dieſen Gründen

hebt der Königl. Rhein. Appell.-Ger.-Hof, unter Annahme der wider das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Düſſeldorf vom 2. April 1864 eingelegten Berufung daſſelbe mit Ausnahme des Punktes, worin eine Expertiſe über den Werth des expropriirten Terrains von 1 Ruthe 21 Fuß verordnet worden iſt, auf, und weiſet mit Ausnahme dieſes Punktes die erhobene Klage als unbegründet ab.

II. Senat. Sitzung vom 8. Juni 1865.

Advokaten: Compes — Widenmann.

Digitized by Google

Herzogthum Jülich. — Armen-Vermögen der kirchlichen Gemeinden. — Bürgerliche Armen-Verwaltung. — Anwendbarkeit der Allerh. Cabinets-Ordre vom 21. Mai 1823.

In den zum vormaligen Herzogthum Jülich gehörigen Landestheilen war die Verwaltung des Armen-Vermögens der katholischen kirchlichen Gemeinden von der des Kirchen-Vermögens getrennt, und wurde dieselbe durch das Arrêté vom 27. Prairial IX. den nach Anleitung des Gesetzes vom 7. Frimaire V. zu bildenden bürgerlichen Wohlthätigkeits-Commissionen überwiesen.

In denjenigen Gemeinden des Regierungsbezirks Düsseldorf jedoch, worin, in specie in Süchteln eine solche Ueberweisung bei Erscheinen der Allerh. Cabinets-Ordre vom 21. Mai 1823 noch nicht ausgeführt war, wo vielmehr zu dieser Zeit noch eine besondere Verwaltung des Armen-Vermögens einer kirchlichen Gemeinde bestanden hatte, ist die bürgerliche Armen-Verwaltung nicht qualifizirt, bezüglich dieses Vermögens eine Vindikationsklage anzustellen.

Die Allerh. Cabinets-Ordre vom 21. Mai 1823 hat auch in dem linksrheinischen Theile des Regierungsbezirkes Düsseldorf Geltung. *)

---

*) Ebenso bereits in dem Urtheile des 2. Senats vom 3. Januar 1856 Archiv 1. 122, woselbst auch die Cabinets-Ordre vom 21. Mai 1823, nebst dem Eingange der Publikation derselben Seitens der Königl. Regierung zu Düsseldorf vom 30. Oktober 1825 abgedruckt ist. Diese Cabinets-Ordre ist auch abgedruckt in von Kamptz Annalen der innern Verwaltung pro 1834 S. 378. Die Grundsätze derselben wurden auf die nicht zum Regierungsbezirk Düsseldorf gehörigen Theile des vormaligen Großherzogthums Berg durch die Allerh. Cabinets-Ordre vom 10. September (von Kamptz 1824 S. 10055) ausgedehnt.

Die in dem nachstehenden Urtheile bezogenen Rescripte des Ministeriums der geistlichen Angelegenheiten des Innern vom 24. Februar 1831, lauten also:

Die mitunterzeichneten Ministerien haben die Frage: ob in Gemäßheit der Allerh. Cabinets-Ordre vom 21. Mai 1823 nur die Stiftungen im engern Sinne oder sämmtliche Armenfonds der kirchlichen Gemeinden, welche bis zur Publikation dieser Bestimmung noch nicht zu den Centralfonds eingezogen

Digitized by Google

Katholische Kirchenfabrik zu Süchteln — Bürgerliche Armen-Verwaltung daselbst.

Die bürgerliche Armen-Verwaltung der Stadt und Gemeinde Süchteln, vertreten durch deren Bürgermeister klagte am 14. Juni 1864 gegen die katholische Kirchenfabrik daselbst bei dem Königl. Landgerichte zu Cleve auf Herausgabe eines näher bezeichneten Compleres von Immobilien, Capitalien und Renten, mit der Behauptung, daß dieses Vermögen, als vormaliges katholisches Armen-Vermögen ihr auf Grund der französischen intermediairen Gesetzgebung überwiesen worden sei; Daß sie auch dasselbe seit dem 10. April 1823, wo die Ueberweisung erfolgt, verwaltet und besessen und von da an die Kirchenfabrik dasselbe widerrechtlich an sich gerissen habe.

---

waren, in der Verwaltung der Kirchengemeinde verbleiben sollen?

in genaue Erwägung gezogen und setzen hierdurch unter Aufhebung der Verfügung der Königl. Regierung vom 24. Oktober 1827 folgendes fest:

1) Keine Kirchengemeinde kann genöthigt werden, ihre Armenfonds ohne Unterschied, sammt den dahin fließenden Einnahmen, welche sie durch Abgaben und freiwillige Beiträge ihrer Mitglieder bezieht, an die Armenverwaltung der bürgerlichen Gemeinde abzugeben.

2) Will eine Kirchengemeinde diese Armenfonds und Einnahmen freiwillig der bürgerlichen Gemeinde überweisen und ihre besondere Armenpflege aufgeben, so soll sie hieran nicht gehindert werden.

3) Die Mitglieder der Kirchengemeinde sind aber zu den Armenmitteln der bürgerlichen Gemeinde beizutragen verpflichtet.

4) Die Königl. Regierung hat darauf zu halten, daß den Bestimmungen der Allerh. Cabinets Ordre vom 21. Mai 1823 Nro. 3 u. 4 Genüge geleistet und insbesondere die Auslieferung der zu Briefen und Armenfonds gehörigen Capitalien nur gegen gehörige Sicherheit erfolgt oder jeder sonstige Mißbrauch in der Verwaltung abbestellt werde.

Die vorstehende Verfügung hat die Königl. Regierung in gleicher Art wie dieses mit der Verfügung vom 24. Oktober 1827 geschehen ist, zur Kenntniß der kirchlichen und bürgerlichen Gemeinden zu bringen.

Nro. 2289. Berlin, den 21. Februar 1832.

v. Altenstein, Minister der Geistlichen-, Unterrichts- und Medicinal-Angelegenheiten.

v. Brenn, Minister des Innern und der Polizei.

Die Königl. Regierung hat durch Verfügung vom 23. März 1831 dieses Rescript den linksrheinischen Landräthen ihres Bezirkes mitgetheilt.

Digitized by Google

Diese entgegnete: es habe das Armen-Vermögen der katholischen Gemeinde zu Süchteln vor Einführung der französischen Gesetzgebung zum Kirchen-Vermögen gehört, und sei deshalb zwar durch das Arrêté vom 20. Prairial X. Staats-Eigenthum geworden, aber durch kein Gesetz, namentlich nicht durch Art. 2 des Arrêté vom 27. Prairial IX. den bürgerlichen Armen-Verwaltungen überwiesen; jedenfalls sei aber die Anwendbarkeit des letztern unterstellt, dessen Ausführung, so wie die Organisation der bürgerlichen Armen-Verwaltung in Süchteln bei Erscheinen der Allerh. Cabinets-Ordre vom 21. Mai 1823 noch nicht erfolgt gewesen, durch diese aber der Fortbestand der damals noch bestandenen alten gesonderten Verwaltung dieses Vermögens rechtlich anerkannt und gesichert worden; und habe diese seitdem auch als katholische Armen-Verwaltung fortbestanden, so daß die Klägerin, welche mit dieser nicht identisch sei, dieselbe auch nicht repräsentire, jedenfalls zu der angestellten Klage nicht qualificirt sei.

Das Königl. Landgericht erwog im Wesentlichen in seinem Urtheile vom 24. Mai 1865, daß das quaest. Armen-Vermögen vordem zum Kirchen-Vermögen gehört habe und als solches nicht vor dem Arrêté vom 27. Prairial IX. besessen, sondern durch das Arrêté vom 20. Prairial X. für Staats-Eigenthum erklärt worden sei;

Daß der Staat dasselbe zwar nicht eingezogen habe; daß jedoch bereits vor Erlaß der Allerh. Cabinets-Ordre vom 21. Mai 1823 die damals organisirte bürgerliche Wohlthätigkeits-Anstalt unter Mitwirkung der Kirche und des Staates in dessen Besitz gesetzt worden, wodurch die Kirche ihren Besitz verloren habe, und wobei es unerheblich sei, daß diese bürgerliche Armen-Verwaltung abwechselnd auch als katholische bezeichnet worden sei;

Daß zwar dieselbe keine Eigenthumsklage anstellen könne, wohl aber eine actio publiciana, und es daher nur darauf ankomme, daß sie ein besseres Besitzrecht als die Verklagte nachweise; und ließ hierauf sie, die Klägerin zu dem Beweise darüber zu, daß sie seit dem 10. April 1823 bis 1860 das fragliche Vermögen verwaltet und besessen, und daß von da an durch gewisse zufällige, nicht weiter hier erhebliche Umstände die Kirchenfabrik in den Besitz gekommen sei.

Auf die hiergegen Seitens der Kirchenfabrik unter Reproduktion ihrer vorerwähnten Gründe eingelegte Berufung,

Digitized by Google

bestritt die Appellatin zunächst den vormals kirchlichen Charakter des quaest. Armen-Vermögens und behauptete die Anwendbarkeit des Arrêté vom 27. Prairial IX.; bestritt sodann ferner die rechtsverbindliche Kraft der Allerh. Cabinets-Ordre vom 21. Mai 1823 theils überhaupt, Mangels genügender Publikation, theils für den linksrheinischen Theil des Regierungsbezirks Düsseldorf, und suchte endlich aus ihren Verwaltungs-Akten darzuthun, daß die Ansicht des ersten Richters, wonach bereits vor Erlaß jener Cabinets-Ordre die durch die französische Gesetzgebung angeordnete bürgerliche Wohlthätigkeits-Commission in Süchteln organisirt, und auch das fragliche Vermögen ausgeantwortet worden, richtig sei.

Der Hof erließ in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentlichen Ministeriums nachstehendes reformatorische

Urtheil:

J. E., daß nach dem älteren Jülich- und Bergischen Rechte, welches seiner Zeit auch für die zum Herzogthum Jülich gehörende Gemeinde Süchteln Geltung hatte, in Betreff des Armen-Vermögens eine besondere, von der Administration des Kirchen-Vermögens getrennte Verwaltung bestand;

Daß in dieser Hinsicht schon der Anfang zu der Jülich- und Bergischen Polizei-Ordnung von 1554 unter der Rubrik: „Wie es mit den Armen und Spitalen zu halten" die Verwaltung des Armen-Vermögens zweien oder dreien in jeder Stadt und jedem Kirchspiel aus der Priesterschaft, den Scheffen, Kirchmeistern oder anderen ehrbaren Personen zu wählenden Provisoren übertrug, und dabei nähere Vorschriften für diese Verwaltung erließ, daß diese Trennung des Armen- und Kirchen-Vermögens auch später und insbesondere dann noch fortbestand, als die Normen für die Verwaltung des Armen-Vermögens, namentlich rücksichtlich der Wahl der Armen-Provisoren sich nach dem Vorbilde der für die Verwaltung des Kirchen-Vermögens geltenden Vorschriften ausgebildet hatte, wie dies sich namentlich aus den beiden Verordnungen des Churfürsten Karl Theodor vom 10. September 1744 und 19. Januar 1753 (Scotti Band 1. S. 385 und 453) ergibt;

J. E., daß hiernach aber ein Zweifel darüber nicht obwalten kann, daß nach der Publikation des Arrêté vom 27. Prairial IX., welche in den 4 rheinischen Departementen am

Digitized by Google

18. Dezember 1801 erfolgte, in Gemäßheit des Art. 2 dieses Arrêté das damals vorhandene katholische Armen-Vermögen von Süchteln der nach Anleitung des Gesetzes vom 7. Frimaire V. zu bildenden neuen bürgerlichen Armen-Commission überwiesen war;

Daß der Präfect des Roer-Departements durch Beschluß vom 20. Frimaire XII. die zur Ausführung des Gesetzes vom 7. Frimaire V. erforderlichen näheren Bestimmungen sowohl in Betreff der Organisation als auch rücksichtlich der Verwaltung des Armen-Vermögens bekannt machte;

Daß diese Anordnungen indeß in der Gemeinde Süchteln unter der Fremdherrschaft in Betreff des katholischen Armen-Vermögens nicht in Vollzug gesetzt wurden;

Daß auch später noch und zwar bis zum Ende des Jahres 1820 die alte Administration des katholischen Armen-Vermögens in Süchteln im Wesentlichen unverändert fortbestand, wie dies sich aus einem Schreiben des dortigen Bürgermeisters de dato 29. November 1820 die Ergänzung der katholischen Armen-Provisoren betreffend und der darauf ergangenen Verfügung des Landraths zu Kempen de dato 30. November 1820, worin von den durch den Bürgermeister vorgeschlagenen Personen zwei zu Armen-Provisoren ernannt wurden, unzweideutig ergibt;

Daß bei dieser Bestellung von Armen-Provisoren zwar die Vorschrift der erwähnten Verordnung vom 19. Januar 1753 Art. 2, wonach die Provisoren von den Pfarrgenossen in der Kirche zu wählen waren, nicht beobachtet wurde, daß diese Abweichung von dem älteren Rechte aber für die hier allein interessirende Frage, ob damals an die Stelle der alten Verwaltung des katholischen Armen-Vermögens in Folge der französischen Intermediair-Gesetzgebung eine neue rein bürgerliche Armen-Commission getreten sei, ohne alle Bedeutung ist;

J. E., daß nach der Behauptung der Appellantin die alte Einrichtung aber auch noch beim Erscheinen der Cabinets-Ordre vom 21. Mai 1823 fortbestand, und daß deshalb wegen der Bestimmungen dieser Cabinets-Ordre die bezogenen intermediairen Gesetze von der Appellatin mit Erfolg nicht weiter angerufen werden könnten;

Digitized by Google

Daß in dieser Hinsicht zunächst der Einwand der Appellatin, daß die Cabinets-Ordre vom 21. Mai 1823 ohne allen Einfluß auf die Entscheidung der Sache bleiben müsse, weil dieselbe nicht in der vorgeschriebenen Weise publicirt worden sei, durch die Bestimmungen der Verordnungen vom 27. Oktober 1810, 3. Juni 1819 so wie durch die Cabinets-Ordre vom 24. Juli 1826 (Gesetzsamml. p. 73) widerlegt wird, indem hiernach die Bekanntmachung der Cabinets-Ordre in dem Amtsblatte der Regierung zu Düsseldorf (Jahrgang 1825 S. 633) vollständig genügte, um derselben Gesetzeskraft zu verleihen, zumal die Vorschriften dieser Cabinets-Ordre überhaupt nur für den Regierungsbezirk Düsseldorf Geltung haben sollten;

J. E., was sodann den ferneren Einwand betrifft, daß die Cabinets-Ordre vom 21. Mai 1823 jedenfalls nur für den auf dem rechten Rheinufer gelegenen Theil des Regierungsbezirks Düsseldorf erlassen sei;

Daß in der Einleitung der besagten Cabinets-Ordre erklärt wird, daß bis zum Erscheinen eines allgemeinen die Verwaltung der milden Stiftungen beteffenden Gesetzes für den Regierungsbezirk Düsseldorf die nachfolgenden Grundsätze zur Befolgung festgestellt würden;

Daß sodann sub 1. die Suspension der Ausführung des Bergischen Decrets vom 3. November 1809 überall da vorgeschrieben wird, wo solche nicht bereits wirklich eingetreten sei, indem dabei zugleich allen milden Stiftungen, von welcher Art sie auch sein mögen, deren Vermögen noch nicht wirklich zu den Central-Armen-Anstalten eingezogen sei, ihre stiftungsmäßige Verwaltung und Verwendung zugesichert wird; und daß in den folgenden Nummern 2 — 4 allgemeine Bestimmungen über die Verpflichtung der politischen Gemeinden zur Versorgung der Armen, über das Verhältniß der gemeinen Armen-Anstalten zu den aufrecht erhaltenen Armenstiftungen und über das den Regierungen in Betreff der letzteren zustehende Oberaufsichtsrecht erlassen werden;

Daß die unter 1 ausdrücklich nur rücksichtlich des die Wohlthätigkeits-Anstalten betreffenden Bergischen Decrets vom 3. November 1809 ausgesprochene Suspension allerdings zu dem Zweifel Anlaß geben mußte, ob nicht dadurch die Anwendbarkeit der Cabinets-Ordre, ungeachtet dieselbe sich in

Digitized by Google

der Einleitung für den Regierungsbezirk von Düsseldorf unbedingt als maaßgebend angekündet hatte, dennoch auf den rechtsrheinischen Theil des Regierungsbezirks hätte beschränkt werden sollen;

Daß dieser aus der Fassung der Cabinets-Ordre sich ergebende Zweifel auch sofort bei der Königl. Regierung zu Düsseldorf sich geltend machte, indem sie durch ihre bei den Acten befindliche Verfügung vom 5. Juli 1823 an den Landrath von Kempen zwar vorläufig auch für dessen auf dem linken Rheinufer gelegenen Bezirk die Einziehung des Armenstiftungs-Vermögens zu den bürgerlichen allgemeinen Wohlthätigkeits-Anstalten auf Grund der in Rede stehenden Cabinets-Ordre suspendirte, dabei aber ausdrücklich bemerkte, daß sie über die Frage, ob die Cabinets-Ordre überhaupt auch auf dem linken Rheinufer anwendbar sei, berichtet habe;

Daß, wenn auch die auf diesen Bericht höheren Orts ergangene Resolution nicht vorliegt, die Bekanntmachung der Königl. Regierung zu Düsseldorf vom 31. Oktober 1825, mit welcher zugleich die Cabinets-Ordre selbst im Amtsblatte Jahrgang 1825 Seite 633 ff. publicirt wurde, doch auf das Bestimmteste erkennen läßt, daß diese Resolution sich für die Anwendbarkeit der Cabinets-Ordre in dem ganzen Regierungsbezirk ausgesprochen hatte, indem es in der Bekanntmachung der Regierung sub 1 wörtlich heißt:

Obgleich in der Cabinets-Ordre nur von der Suspension des Bergischen Decrets vom 3. November 1809 die Rede ist, so sind dennoch die aufgestellten Grundsätze allgemein ausgesprochen, so daß also auch in denjenigen Gemeinden, wo jenes Decret nicht publicirt worden ist, solche Stiftungen, deren Vermögen noch nicht zu den Central-Armen-Anstalten eingezogen ist, bei ihrer Verwaltung zu belassen sind;

Daß hiernach aber jedes Bedenken wegen der Gesetzkraft der Cabinets-Ordre für den ganzen Regierungsbezirk Düsseldorf schwinden muß, zumal auch noch in späterer Zeit und zwar gerade von denjenigen beiden Ministerien, auf deren Antrag die Cabinets-Ordre erlassen worden war, der Regierung zu Düsseldorf die Durchführung derselben wiederholt und ganz allgemein zur Pflicht gemacht worden ist, wie das in Abschrift bei den Acten befindliche Rescript der Ministerien der Geistlichen Angelegenheiten und des Innern vom 24. Februar 1831 beweist;

Digitized by Google

Daß demgemäß nur noch zu untersuchen ist, ob, wie der erste Richter angenommen hat, das den Armen der katholischen Gemeinde in Süchteln zugehörige Stiftungs-Vermögen bereits vor der Cabinets-Ordre vom 21. Mai 1823 eingezogen und einer nach Anleitung des Gesetzes vom 7. Frimaire V. errichteten allgemeinen bürgerlichen Armen-Anstalt überwiesen worden war;

Es wird nun näher ausgeführt, daß zwar die Königl. Regierung unter dem 22. Februar 1823 eine Verfügung erlassen habe, wonach alle Armenfonds, insofern solches noch nicht geschehen sei, der Armen-Commission überwiesen werden sollten, daß jedoch nach Inhalt der darüber gepflogenen Verhandlungen, nicht angenommen werden könne, daß bei Erscheinen der Cabinets-Ordre vom 21. Mai 1823 das Armen-Vermögen der katholischen Gemeinde zu Süchteln bereits auf eine daselbst gebildete Armen-Commission übergegangen sei;

Daß auch die Königl. Regierung unter dem 5. Juli 1823 die Ausführung ihrer Verfügung vom 22. Februar desselben Jahres auf Grund jener Cabinets-Ordre suspendirt habe;

Daß die Annahme nicht Platz greifen könne, daß die bis dahin bestandene katholische Armen-Commission aufgelöst, und das von ihr verwaltete Stiftungs-Vermögen einer neugebildeten Central-Armen-Commission überwiesen worden sei;

Daß vielmehr, fährt das Urtheil fort, angenommen werden müsse, daß auch nach der Cabinets-Ordre vom 21. Mai 1823 eine besondere Verwaltung des Armen-Vermögens der katholischen Gemeinde in Süchteln fortbestanden habe, die insofern allerdings sich von der Verwaltung dieses Vermögens unter der Herrschaft des Jülich- u. Bergischen Rechtes unterschied, daß sie ihren kirchlichen Charakter in Beziehung auf die Wahl der Armen-Provisoren resp. der Mitglieder der Armen-Commission verloren hatte, und in dieser Hinsicht daher auch eine bürgerliche Armen-Verwaltung genannt werden durfte, die dabei aber in keiner Weise einer in Gemäßheit des Gesetzes vom 7. Frimaire V. gebildeten Central-Wohlthätigkeits-Anstalt gleich gestellt werden konnte;

Daß nun auch in der Folge bis zum Jahre 1827, wie sich aus den vorliegenden Verwaltungs-Acten ergiebt, von den Behörden fortwährend mit der katholischen Armen-Verwaltung in Süchteln verhandelt wurde;

Digitized by Google

Daß im Jahre 1827 allerdings aus Anlaß einer Verfügung der Königl. Regierung zu Münster vom 26. August 1827, welche für die Diöcese Münster die von dem Staats-Minister von Altenstein ausgesprochenen Grundsätze in Betreff der Armen-Verwaltung, nach Maaßgabe der betreffenden Bestimmungen des allgemeinen preußischen Landrechts, zur Nachachtung bekannt machte, auch die Regierung zu Düsseldorf in Verfolg eines Circular-Erlasses vom 24. Oktober 1827 in der vorliegenden Verfügung vom 27. November 1827 neuerdings auf die Ausführung ihrer bereits erwähnten Verfügung vom 5. Juni 1822 zurückkam, indem sie vorschrieb, daß die bürgerlichen Wohlthätigkeits-Anstalten die Verwaltung aller nicht rein kirchlichen Stiftungen zu übernehmen hätten, und sich deshalb, wo dies noch nicht geschehen, mit den kirchlichen Verwaltungen auseinander setzen müßten;

Daß die in Folge dieser Verfügung mit dem Bürgermeister von Süchteln resp. mit den dort bestehenden beiden Armen-Verwaltungen gepflogenen Verhandlungen indeß ohne Interesse für die Beurtheilung der Sache sind, da abgesehen davon, daß die in Rede stehende Regierungs-Verfügung sich in directem Widerspruche mit der Cabinets-Ordre vom 21. Mai 1823 befand, die desfallsigen Anordnungen der Königl. Regierung auch noch ausdrücklich durch das bereits oben erwähnte Rescript der Ministerien der geistlichen Angelegenheiten und des Innern vom 24. Februar 1831, unter Aufrechthaltung der Cabinets-Ordre vom 21. Mai 1823 aufgehoben worden sind;

Daß nach diesem Ministerial-Erlasse nun auch Inhalts der produzirten Verwaltungsacten vom Jahre 1832 an bis zum Jahre 1847 (mit welchem Jahre die Vorlagen schließen) fortwährend mit der unverändert fortbestehenden katholischen Armenverwaltung in Süchteln und zwar vielfach gerade unter dieser Bezeichnung von Seiten der Behörden und namentlich auch von Seiten der Königl. Regierung in Düsseldorf die dienstliche Correspondenz insbesondere in Betreff der Aufstellung der Etats, der Rechnungslage, Bestellung der Mitglieder der Verwaltung, Genehmigung von Verpachtungen ꝛc. geführt wurde;

Daß es dabei auch bedeutungslos erscheint, wenn in einzelnen Verfügungen die katholische Armen-Verwaltung als

Digitized by Google

eine bürgerliche katholische Armen-Verwaltung oder auch zuweilen bloß als bürgerliche Armen-Verwaltung bezeichnet wird, da, wie bereits ausgeführt worden, auf Grund der Cabinets-Ordre vom 21. Mai 1823 eine besondere Verwaltung des Armen-Vermögens der katholischen Gemeinde in Süchteln sich erhalten hatte, und die Appellatin selbst nicht behauptet, daß nach dem Ministerial-Rescripte von 1831 eine Veränderung dieses Zustandes durch Bildung einer rein bürgerlichen Central-Armen-Commission eingetreten sei;

Daß die Appellatin vielmehr in der Begründung ihrer Klage davon ausgeht, daß bereits vor der Cabinets-Ordre vom 21. Mai 1823 das Armen-Vermögen der katholischen Gemeinde auf die damals errichtete Central-Armen-Commission übergegangen sei, daß diese Commission seit jener Zeit immer fortbestanden habe, und daß sie die Fortsetzung derselben sei;

Daß diese Auffassung aber nach der bisherigen Ausführung durch die vorliegenden Verwaltungsacten widerlegt wird, und daß hiernach die von der Appellatin angenommene Eigenschaft schon allein genügt, um ihr jeden Anspruch auf das bisher von der katholischen Armen-Verwaltung administrirte Armen-Vermögen abzusprechen;

Daß dieses Vermögen aber, wie von der Appellatin nach den Qualitäten des angegriffenen Urtheils selbst anerkannt wird, gerade in denjenigen Vermögensobjecten besteht, deren Herausgabe sie verlangt;

J. E., daß endlich auch die von der Appellatin erbotenen, zum größten Theile auch von dem ersten Richter angeordneten Beweise nach Lage der Sache nicht für erheblich erachtet werden können, da sie hauptsächlich dazu dienen sollten, in der vom ersten Richter angenommenen Voraussetzung, daß die Appellatin zur Verwaltung des katholischen Armen-Vermögens berechtigt sei, den Nachweis zu liefern, daß die Appellantin die reklamirten Vermögensobjecte besitze;

Daß im Uebrigen die Beweisartikulationen nicht dazu geeignet sind, die aus den Verwaltungsacten gewonnenen Resultate zu entkräftigen;

Aus diesen Gründen

reformirt der Rhein. Appell.-Ger.-Hof das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Cleve vom 24. Mai 1865, weis't an dessen

Digitized by Google

Statt erkennend die von der Appellatin gegen die Appellantin angehobene Klage ab, verurtheilt die Appellatin wegen mangelnder Qualifikation der Klägerin in die Kosten beider Instanzen.

II. Senat. Sitzung vom 20. Dezember 1866.

Advokaten: Esser — Wallraff.

Verfrachter. — Privilegium. — Verlust desselben. — Holländisches Recht.

Das in Holland erworbene Pfandrecht des Verfrachters für seine Fracht an der Waare kann innerhalb der dort vorgesehenen Frist auch in Preußen geltend gemacht werden. Die Bestimmung des Art. 490 des holländischen H.-G.-B., wonach dieses Pfandrecht verloren geht, sobald die Waare in dritte Hand übergegangen ist, ist nicht auf die bloße Detention eines Dritten zu deuten, sondern ist der Ausdruck „dritte" in demselben Sinne zu verstehen, wie der §. 624 des deutschen H.-G.-B. dieses Wort gebraucht. Die Rhein-Schiffer, welchen der holländische Spediteur — Schuldner der Fracht — die Waare zum weitern Transport an einen andern Destinatair übergeben, sind nicht als Dritte, vielmehr nach deutschem und holländischem Handelsrecht, so lange die Waare am Ort der Ablieferung nicht angekommen und der Frachtbrief nicht übergeben ist, nur als Personen anzusehen, welche im Namen des Absenders besitzen.

Luckie — Sehmer.

Der Appellant Kapitain Luckie hatte im Schiffe Osborne mit Frachtbrief vom 21. Oktober 1864 eine Quantität von 280 Tonnen Gußeisen Coltneß Nro. I. von Leith nach Rotterdam an Lenders u. Comp. daselbst transportirt für eine Fracht von 126 Pfd. Sterling. Lenders u. Comp. haben das Eisen empfangen und zum Theil durch die Schiffer Grenzheuser und Noll an die Handlung Sehmer u. Comp. in Koblenz weiter versandt.

Digitized by Google

Auf Grund einer Ordonnanz des Handelsgerichts-Präsidiums zu Koblenz hat Luckie, nachdem Lenders u. Comp. am 14. November fallit erklärt worden waren, am 18. desselben Monats die Ladung von Grenzheuser und Noll noch während der Fahrt, vor der Ankunft in Koblenz, behufs Sicherung seines Pfandrechts in Beschlag nehmen und die Schiffer sowohl, als die Adressatin Sehmer u. Comp., auf Berichtigung seines Gesammtguthabens von 876 Thlr. 29 Sgr. 10 Pfg. an das Königl. Handelsgericht in Koblenz vorladen lassen.

Im Einverständniß aller Parteien sind die Waaren frei gegeben, und die beiden Schiffer aus der Sache entlassen worden, nachdem die Firma Sehmer u. Comp. die gerichtliche Erklärung abgegeben hatte, daß sie für die Zahlung der Forderung, welche dem Kläger als rechtmäßig zugesprochen werden würde, einstehe.

Die Einrede der Firma Sehmer u. Comp., daß nämlich dem Kläger kein Pfandrecht mehr zustehe, erachtete das Handelsgericht für gerechtfertigt, und wies durch Urtheil vom 6. Februar 1865 die Klage als unbegründet ab, und verurtheilte den Kläger zum Schadensersatz und in die Kosten.

Von dieser Entscheidung hat Luckie durch Act vom 31. Juli 1865 Berufung eingelegt. Derselbe erbot sich, um die Geltendmachung seines Pfandrechts innerhalb 20 Tagen, wie das holländische Recht dies vorschreibt, darzuthun zum Beweis

1. Daß das in den Schiffen von Noll und Grenzhäuser verladene, aus dem englischen Schiffe Osborne herrührende Eisen erst am 4. November 1864 an Lenders u. Comp. abgeliefert worden ist;

Sodann eventualiter: Daß auch nach holländischem Rechte der Versender befugt ist, dem Schiffer, so lange er nicht am Bestimmungsorte angekommen ist, und den Frachtbrief abgeliefert hat, wegen Auslieferung des Gutes an einen Andern, als den im Frachtbriefe bezeichneten Empfänger gültige Anweisungen zu ertheilen.

Für die Handlung Sehmer u. Comp. gehen die Anträge dahin:

Geruhe der Hof die Berufung wider das Urtheil des Königl. Handelsgerichts zu Koblenz vom 6. Februar 1865 zu verwerfen mit Strafe und Kosten.

Digitized by Google

Subsidiarisch die Appellatin zum Beweise durch Zeugen und Urkunden darüber zuzulassen, daß die Firma Schmidtborn u. Comp. in Ludwigshafen, welche Eigenthümerin des verladenen Eisens ist, die beiden Schiffe des Noll und Grenzheuser auf ihre Kosten durch die Frankfurter Dampfschleppschifffahrts-Gesellschaft hat schleppen lassen;

Nöthigen Falls auch darüber, daß die Ausladung des Schiffes des Kapitains Lucki, sowie die Einladung des Eisens in die Rheinschiffe am 25 Oktober 1865 geschehen ist.

Urtheil:

J. E., daß für die Existenz, die Bedingungen und die Dauer des von dem Appellanten in Anspruch genommenen Pfandrechts, wie der erste Richter mit Recht angenommen hat, das holländische Recht maßgebend ist, da dieses Pfandrecht darauf gegründet wird, daß, als der Appellant in Rotterdam das Eisen an Lenders u. Comp. unter Creditirung der Fracht auslieferte, ihm aus diesem zwischen ihm und dem Empfänger Lenders u. Comp. eintretenden Verhältniß nach den dort geltenden gesetzlichen Bestimmungen das Pfandrecht für die Fracht an der Waare verblieb, für das erworbene Recht aber die preußische Gesetzgebung nur in der Art in Betracht kommen kann, daß zu seiner Geltendmachung in Preußen erforderlich ist, daß die in Preußen geltenden gesetzlichen Bestimmungen die Verfolgung dieses dinglichen Rechts an Mobilien nicht ausschließen, welchem Erforderniß durch die Anerkennung desselben Pfandrechts, wie sie in Art. 624 des deutschen H.-G.-B. sich findet, genügt wird;

J. E., daß indessen der von dem ersten Richter adoptirten Auslegung des Art. 490 des holländischen H.-G.-B. insofern nicht beigepflichtet werden kann, als er die Worte: so lange die Waare nicht in dritte Haud übergegangen ist (wanneer dezelve in geene derde hand zyn overgegangen) auf die bloße Detention eines Dritten deutet, und in dieser Auffassung lediglich deßhalb, weil die Schiffer Noll und Grenzheuser andere Personen, als Lenders u. Comp. sind, und die Waare, wie sich das Urtheil ausdrückt, in den faktischen Besitz dieser Schiffer gekommen ist, das Pfandrecht für untergegangen betrachtet;

Daß diese Auffassung, am Wortlaut haftend, dem aus der Natur der Sache sich ergebenden Sinne des Gesetzes nicht entspricht, wonach offenbar die Handelsbedienten, die

Digitized by Google

Lagerverwalter, und sonstigen Leute des Empfängers, überhaupt diejenigen Personen, welche die Waare nur für ihn detiniren, weil sie nur seine Werkzeuge oder Repräsentanten sind, in dem Ausdruck: Dritte, nicht mit inbegriffen werden.

Daß die fraglichen Worte des Art. 490 des holländischen H.-G.-B. aus dem Art. 307 des Code de commerce (si elles n'ont passés en mains tierces) übersetzt sind, aus beiden Gesetzbüchern aber dies Pfandrecht in gleichem Sinne in das deutsche H.-G.-B. übernommen worden ist, und die Fassung des letzteren: „das Pfandrecht erlösche, sobald vor der gerichtlichen Geltendmachung die Güter in den Gewahrsam eines Dritten gelangen, welcher sie nicht für den Empfänger besitze," keineswegs eine von seiner Quelle abweichende Erweiterung des Pfandrechts, sondern nur eine Verdeutlichung des Sinnes, welchen hier das Wort Dritter hat, darstellt;

Daß demnach der Unterschied, welchen der erste Richter in der hier fraglichen Beziehung zwischen den Bestimmungen des holländischen und des deutschen H.-G.-B. angenommen hat, so wie das Argument: daß Privilegien strikt interpretirt werden müssen, und eine Ausdehnung derselben nach Analogien aus anderen Gesetzgebungen nicht statthaft sei, hier nicht für zutreffend erachtet werden können, vielmehr wesentlich die Frage zu entscheiden ist, ob die Schiffer Noll und Grenzheuser zur Zeit der Beschlagnahme des Eisens den Gewahrsam an demselben für Lenders u. Comp. ausübten;

J. E., daß in die Beurtheilung dieser Frage auf keine Weise das Rechtsverhältniß hineinzuziehen ist, in welchem die bei der Waare interessirten Personen unter sich und hinsichtlich der Berechtigung zur Waare standen, da nach Inhalt der gesetzlichen Bestimmung der Schiffer in Betreff seines Pfandrechts nur seinem Destinatair als solchem gegenübergestellt ist, und lediglich der Gewahrsam, beim Destinatair die Bedingung darstellt, an welche die Wahrung des Pfandrechts geknüpft ist;

J. E. daß, sowie diesemnach das Pfandrecht des Frachtführers an der abgelieferten Waare darin kein Hinderniß findet, daß der Empfänger bereits vorher durch Vertrag das Eigenthum an der Waare an einen Dritten übertragen hatte, ebenso wenig dann, wenn der Empfänger die ihm abgelieferte Waare durch einen von ihm angenommenen

Digitized by Google

Frachtführer an einen späteren Käufer sendet, das Pfandrecht des Frachtführers dadurch berührt wird, daß für das rechtliche Verhältniß zwischen dem Empfänger als Verkäufer und seinem Käufer hinsichtlich der Berechtigung zur Waare und deren Gefahr auf dem Transport die Regel besteht, daß die Ueberlieferung an den Käufer durch die Uebergabe an den Frachtführer geschieht, auch wenn dieser von dem Verkäufer angenommen ist;

Daß in gleicher Weise aus dem obigen Grunde dann, wenn der Destinatair, an welchen der Schiffer abliefert, wie in dem gegenwärtigen Falle nur Spediteur der Waare ist, es für die hier zu entscheidende Frage nicht in Betracht kommt, daß der Destinatair vermöge des Verhältnisses, welches zwischen ihm und seinem Auftraggeber oder dem Eigenthümer der Waare besteht, für diese besitzt oder verpflichtet ist, die Waare an diese ausliefern zu lassen und daß, oder in wie weit diese Personen im Verhältniß zu ihm zur Disposition über die Waare berechtigt sind;

Daß sonach hier lediglich das Verhältniß, in welchem der Destinatair Lenders u. Comp. und die Schiffer Noll und Grenzheuser hinsichtlich der Detention und des Besitzes der Waare unmittelbar zu einander standen, maßgebend ist;

J. E., daß der Schiffer, welchem die Waare aus einem Frachtbrief übergeben wird, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen aus dem Frachtvertrag mit seinem Befrachter im Contraktsverhältniß steht, und da er diesem seine Dienste vermiethet, dessen Anweisungen und Dispositionen über das Gut, soweit nicht etwa seine eigenen Rechte aus dem Frachtvertrage verletzt worden, zu befolgen hat, sonach den Gewahrsam und Besitz für den Versender, und nicht für den auf dem Frachtbrief bezeichneten Destinatair ausübt;

Daß es sich dagegen anders verhält, wenn der Destinatair selbst der Befrachter der Schiffers ist, oder wenn der Versender sich ein Connossement oder einen Ladeschein von dem Schiffer hat zeichnen lassen, wodurch der Versender sich auch dem Schiffer gegenüber, der freien Disposition über das Gut begibt (Art. 416 des H.-G.-B.)

J. E., daß ferner, wenn man für den Fall der Versendung mittelst Frachtbriefs wegen der in dem Frachtbrief ausgedrückten Verpflichtung des Frachtführers, das Gut an

Digitized by Google

den Destinatair auszuliefern, dem Destinatair eine Legitimation und eine eigene Berechtigung zum Gute dem Schiffer gegenüber beilegt, hierbei vorausgesetzt wird, daß der Destinatair selbst vorher dem Frachtführer gegenüber seinen Willen, in den Frachtvertrag einzutreten, erklärt hat, und daß das Dispositionsrecht des Destinatairs nicht vor der Ankunft am Bestimmungsort vorhanden sei, da nach dem Frachtbrief, aus welchem dasselbe hergeleitet werden soll, der für den Versender oft sehr wichtige Wille und die Vereinbarung der Contrahenten niedergelegt ist, daß an dem im Frachtbrief angegebenen Bestimmungsort an den Destinatair abgeliefert werde;

Daß, um dem Destinatair dem Frachtführer gegenüber ein weiter gehendes und zwar selbst auf dem Transport zu übendes Dispositionsrecht über das Frachtgut zuzuschreiben, eine Anerkennung durch positives Gesetz oder festen Handelsgebrauch erforderlich sein würde, eine solche aber nicht vorhanden ist;

Daß das deutsche H.-G.-B. vielmehr in den Bestimmungen der Art. 402 u. 405 für ein dem Destinatair gegenüber dem Frachtführer zustehendes Dispositionsrecht über die Waare die oben bezeichneten Voraussetzungen zur Grundlage hat, und die Uebergabe des Frachtbriefs beziehungsweise die Ankunft am Bestimmungsort als Vorbedingung fordert, dagegen in Art. 402 die Regel bestätigt, daß bis dahin, daß diese Bedingungen eingetreten sind, der Frachtführer hinsichtlich der Auslieferung und Verfügung über das Gut nur den Ausweisungen seines Befrachters zu folgen hat, welche Regel auch für den Spediteur als Versender um so sicherer gilt, als der Art. 382 ihm selbst ein Pfandrecht gewährt, so lange er das Gut in Gewahrsam hat oder in der Lage ist, darüber zu verfügen, durch welchen letzteren Ausdruck unzweifelhaft auch sein Verhältniß zum Frachtführer während des Transports mit bezeichnet wird;

Daß angenommen werden muß, daß das entwickelte Verhältniß des Versenders zu dem mit Frachtbrief versehenen Schiffer auch nach dem holländischen Rechte gilt, da es an sich aus den Rechtsgrundsätzen in Betreff des Frachtvertrags hervorgeht, das holländische H.-G.-B. keine andere Vorschrift enthält, auch ein entgegengesetzter Handelsgebrauch in Holland von dem Appellaten nicht behauptet und dargethan wird;

Digitized by Google

J. E., daß das in Beschlag genommene Eisen den Schiffern Noll und Grenzheuser von Lenders u. Comp. nur mit Frachtbrief zum Transport übergeben war;

Daß der von dem Appellaten behauptete Umstand, daß die Eigenthümerin der Waare, die Firma Schmidtborn u. Comp. in Ludwigshafen auf ihre Kosten die Schiffe durch die Frankfurter Dampfschleppschifffahrts-Gesellschaft habe schleppen lassen, den Frachtvertrag und das darauf folgende Verhältniß der Schiffer Noll und Grenzheuser zu Lenders u. Comp. nicht berühren und die Destinataire nicht zu Befrachtern der Schiffer machen würde;

Daß die Schiffer Noll und Grenzheuser zur Zeit der gerichtlichen Geltendmachung des Pfandrechts des Appellanten, welche mittelst Erwirkung der Verfügung des Präsidenten des Handelsgerichts zu Coblenz am 17. November 1864 stattgefunden hat, in Coblenz noch nicht angekommen waren und den Frachtbrief noch nicht abgegeben hatten, wie dies nach Inhalt des in Neuendorf zugestellten Gerichtsvollzieher-Acts vom 18. November 1864 sowie auch deshalb angenommen werden muß, weil das Gegentheil von der Appellatin nicht erwiesen oder zum Beweis gestellt ist, obgleich sie insofern sie aus einer solchen positiven Thatsache den Untergang des Pfandrechts herleiten wollte, dieselbe zu beweisen hätte;

J. E., daß daher nach den obigen Grundsätzen das Frachtgut noch nicht in dritter Hand sich befand und das Pfandrecht des Appellanten an demselben anerkannt werden muß, sofern es nicht gesetzlich durch den Ablauf der Zeit seit der von Seiten des Appellanten an Lenders u. Comp. geschehenen Ablieferung dieses Eisens bereits untergegangen war;

Daß in Betreff dieses Punktes die in dem holländischen H.-G.-B. bestimmte Dauer von 20 Tagen als eine dem erworbenen Recht beiwohnende Eigenschaft und Beschränkung maßgebend ist;

Daß die Parteien in dieser Beziehung über den thatsächlichen Sachverhalt streiten, indem der Appellant behauptet, daß das fragliche Eisen erst am 4. November 1864 an Lenders u. Comp. abgeliefert worden sei, von der Appellatin dagegen behauptet wird, daß die Ausladung des Schiffes des Appellanten sowie die Einladung des Eisens in die Rheinschiffe bereits am 25. Oktober 1864 geschehen sei;

Digitized by Google

Daß unter der ersten Voraussetzung das Pfandrecht, weil alsdann am 17. November 1864 nicht bereits 20 Tage seit der Ablieferung an Lenders u. Comp. verflossen waren, als vorhanden anzuerkennen, dagegen im letzteren Falle erloschen gewesen sein würde, mithin dieser Punkt für die Berufung entscheidend ist;

Daß daher der Appellant, welcher die Bedingung des Bestehens und der Fortdauer des in Abweichung von den sonstigen gesetzlichen Regeln gegen bewegliche Sachen verfolgten Pfandrechts darzuthun hat, den von ihm erbotenen Beweis über das Thatsächliche zu führen hat;

Aus diesen Gründen

gibt der A.-G.-H. bevor er auf die Berufung gegen das Urtheil des Königl. Handelsgerichts zu Coblenz vom 6. Februar 1865 weiter zu Recht erkennt, dem Appellanten Robert Luckie den auch durch Zeugen zu führenden Beweis auf:

Daß das durch Lenders u. Comp. in Rotterdam den Schiffern Noll und Grenzheuser mit Frachtbrief auf Sehmer u. Comp. zum Transport nach Coblenz verladene, aus dem englischen Schiffe Osborne, Capitain Robert Luckie, herrührende Eisen aus diesem letztern Schiffe Osborne erst am 4. November 1864 an Lenders u. Comp. in Rotterdam abgeliefert worden ist;

III. Senat. Sitzung vom 19. Dezember 1866.

Advokaten: Forst — Herbertz.

Evangelischer Pfarrhausbau. — Pfarrgemeinde. — Civilgemeinde. — Beitragspflicht. — Competenz.

Die Gerichte sind nicht competent, über die Rechtsbeständigkeit einer Verfügung der Verwaltungsbehörden zu erkennen, durch welche die Grenzen eines evangelischen Pfarrsprengels festgesetzt resp. eine Civilgemeinde einer bestimmten evangelischen Parochie eingepfarrt worden.

Dagegen sind die Gerichte competent, über die Verpflichtung der einer evangelischen Parochie eingepfarrten Civilgemeinden zum Beitrage zu den Kosten des Pfarrhausbaues zu entscheiden;

Digitized by Google

die §§. 8 und 10 des Ressortreglements stehen dieser Competenz nicht entgegen.

Die Klage einer einzelnen Civilgemeinde auf Rückerstattung der von ihr angeblich indebite gezahlten Beiträge zu solchen Kosten kann gegen die betreffende evangelische Pfarrgemeinde allein gerichtet werden; einer Zuziehung der übrigen zu dieser Pfarrgemeinde gehörigen Civilgemeinden bedarf es nicht.

Die auf dem Decret vom 5. Mai 1806 beruhende Beitragspflicht der Civilgemeinde ist eine **principale** und durch die evangelische Kirchen-Ordnung vom 5. März 1835 (§§. 1 und 131) **nicht** alterirt resp. in eine **subsidiäre nicht** verwandelt worden.

Dagegen ist jene Beitragspflicht nach dem Decret vom 5. Mai 1806 nicht schon durch die bloße Thatsache der Einpfarrung einer Ortschaft in eine an einem andern Ort bestehende evangelische Gemeinde begründet, sondern durch die wirklich Statt gehabte Ausübung des evangelischen Cultus neben dem katholischen in der in Anspruch genommenen Civilgemeinde bedingt. Eine solche Ausübung beider Culte liegt dann nicht vor, wenn im Bereiche derjenigen Civilgemeinde, deren Beitragspflicht zum Pfarrhausbau angerufen wird, niemals und namentlich nicht zur Zeit dieses Baues evangelische Pfarrgenossen der betreffenden Pfarrgemeinde als Mitglieder der Civilgemeinde sich befunden haben.*)

*) In Bezug auf die Beitragspflicht einer nur aus Protestanten bestehenden, zu einer katholischen Pfarrkirche in Gemäßheit des K. Decrets vom 30. September 1807 (Bormann Gesetze aus der Fremdherrschaft V. 239) eingepfarrten Civilgemeinde erwog der I. Senat in d. S. Lötzbeuern — Enkirch: daß die neue Eintheilung der Succursalen in Gemäßheit dieses Decrets alle Gemeinden des Departements umfassen sollte, die Prüfung ob die Einpfarrung erfolgen konnte, aber auch ausschließlich zu den Attributionen der mit der Organisation beauftragten kirchl. und administr. Behörden gehört habe und daß sobald die Einpfarrung in gehöriger Weise stattgefunden die Gemeinde ohne Rücksicht, ob sie augenblicklich Katholiken zu ihren Einwohnern zählt, die den Civilgemeinden gesetzlich obliegenden Verpflichtungen, wozu auch die Prinzipalverpflichtung ein Pfarrhaus zu stellen, gehört, zu erfüllen habe.
Sitzung vom 27. Februar 1867. Advocaten: Lautz — Nacken.

Digitized by Google

Evangelische Pfarrgemeinde Neuß — Civilgemeinde Glehn.

Die Civilgemeinde Glehn ist durch eine Verfügung der Königl. Regierung zu Düsseldorf vom 1. August 1838 der evangelischen Parochie Neuß eingepfarrt worden. Im Jahr 1859 ist in Neuß ein neues evangelisches Pfarrhaus gebaut und die Gemeinde Glehn ist im Verwaltungswege zur Zahlung eines Beitrages von 514 Thlr. 22 Sgr. 3 Pfg. angehalten worden. Sie hat gegen die evangelische Pfarrgemeinde Neuß beim Königl. Landgerichte in Düsseldorf auf Rückerstattung dieses Betrages geklagt, indem sie im Wesentlichen geltend machte, daß die Einpfarrung nicht zu Recht bestehe, weil die Verfügung der Königl. Regierung vom 1. August 1838 über die Competenz der Regierung hinausgegangen sei (Allg. Landr. Th. 2, Tit. 11, §. 294,) — daß nach §§. 1 und 131 der Kirchen-Ordnung vom 5. März 1835 principaliter die Kirchengemeinde selbst für die Dienstwohnung des Pfarrers zu sorgen, die Civilgemeinde aber nur subsidiarisch aufzukommen habe, wenn sie im Besitze eines freien Gemeinde-Vermögens sei, was bei Glehn nicht der Fall, daß aber event. die Beiträge der einzelnen zur Pfarrei Neuß gehörigen Gemeinden nach Maßgabe der in jeder einzelnen Gemeinde von den zu jener Pfarrei gehörigen evangelischen Einwohnern der Gemeinde im Jahre des Pfarrhausbaues aufgebrachten Steuern festgesetzt werden müßten, und daß bei einer solchen Repartition die Gemeinde Glehn frei ausgehe, weil niemals, namentlich auch nicht zur Zeit des Pfarrhausbaues, ein zur Parochie Neuß gehöriger Bekenner des evangelischen Glaubens in Glehn gewohnt habe.

Die evangelische Pfarrgemeinde Neuß schützte die Einrede der Incompetenz vor, weil die Gerichte nicht berufen seien, über die Rechtsbeständigkeit der Regierungs-Verordnung vom 1. August 1838 zu entscheiden, es sich aber auch von Beiträgen handle, bezüglich deren die Entscheidung nach den §§. 8 und 10 des Ressortreglements den Verwaltungsbehörden vorbehalten sei; sie behauptete ferner, daß die Klage ohne Zuziehung der übrigen zur Pfarre Neuß gehörigen Civilgemeinden nicht habe angehoben werden können, daß aber auch die Beitragspflicht der Gemeinde Glehn nach dem Decret vom 5. Mai 1806 eine principale sei, woran die Kirchen-Ordnung von 1835 nichts geändert habe, daß die Repartirung

Digitized by Google

der Beiträge, welche die Regierung vorgenommen, richtig und unangreifbar sei und daß es auf die Frage, ob Evangelische in Glehn gewohnt, schon deßhalb nicht ankomme, weil das Territorium der Gemeinde Glehn nach Neuß eingepfarrt sei.

Das Landgericht in Düsseldorf hat durch Urtheil vom 24. Mai 1865 der Klage gemäß erkannt, indem es erwogen hat:

J. E., zur Incompetenz-Einrede, daß untergebens nicht die Rechtmäßigkeit der Vertheilung einer auf dem Steuerfuß ausgeschriebenen Auflage unter die Beitragspflichtigen, sondern die Beitragspflichtigkeit der klagenden Gemeinde selbst den Gegenstand der Entscheidung bildet, somit keiner der in den §§. 8 und 10 des Ressortreglements vorgesehenen Falle, welche der richterlichen Competenz entzogen sind, vorliegt;

Daß es sich auch nicht um die Beurtheilung der Zweckmäßigkeit, Nützlichkeit und Nothwendigkeit einer Verfügung der Verwaltungsbehörde, sondern darum handelt, ob die Königl. Regierung überhaupt die Befugniß hatte, die Einpfarrung der klägerischen Civilgemeinde in die evangelische Kirchengemeinde zu Neuß anzuordnen;

Daß diese Frage aber unbedenklich der richterlichen Prüfung unterliegt, da die desfallsige Verfügung der Königl. Regierung vom 1. August 1838 den Erhebungstitel für den von der Klägerin zwangsweise geleisteten Kostenbeitrag bildet, dessen Rückerstattung, als eines Indebitums, mittelst der angehobenen Klage gefordert wird;

J. E., soviel sodann die der Klage ferner entgegengesetzte Einrede der angeblich mangelnden Passiv-Legitimation anlangt, daß das Rückforderungsrecht der Klägerin unabhängig von der Beitragspflicht der übrigen, zu der gedachten Pfarrgemeinde gehörigen Civilgemeinden ist, daher auch keine Verpflichtung für die Klägerin vorliegt, letztere in den gegenwärtigen Rechtsstreit hineinzuziehen;

Daß vielmehr, da die verklagte evangelische Gemeinde, als angeblich Berechtigte, die Zahlung empfangen, auch sie nur auf Rückerstattung des in Rede stehenden Betrages belangt werden konnte;

J. E., zur Sache selbst, daß aus der bereits erwähnten Verfügung der Königl. Regierung hervorgeht, daß vor Erlassung derselben die Civilgemeinde Glehn noch keinem evangelischen Pfarrbezirke angehörte, dieselbe also die Errichtung einer neuen Kirchengemeinde zum Gegenstande hatte;

Digitized by Google

Daß aber das Allg. Landrecht, auf welches als inneres Staatsrecht im vorliegenden Falle zurückgegangen werden muß, die Errichtung neuer Parochien für ein Recht des Staates erklärt, deſſen Ausübung weder durch die Inſtruktion vom 23. Oktober 1817, noch auch durch das Reſſortreglement oder eine ſpätere, der hier in Rede ſtehenden Verfügung vorhergehende Verordnung auf die Regierung übertragen worden, ſondern, wie dies in dem Reſcripte des Miniſteriums der geiſtlichen Angelegenheiten vom 5. Februar 1825 in von Kamptz Annalen, Band 8 pag. 155 ausdrücklich ausgeſprochen, dem Miniſterium vorbehalten iſt;

Daß hiernach durch die mehrerwähnte Verfügung, als die Competenz der Regierung überſchreitend, eine Einpfarrung der klagenden Civilgemeinde gar nicht erfolgt iſt;

Daß folglich der Antrag der Klägerin auf Verurtheilung der Verklagten zur Rückerſtattung der von ihr an dieſelbe gezahlten Summe, ſowie auch der Koſten des den Proteſt wider die zwangsweiſe angedrohte Einziehung derſelben enthaltenden Gerichtsvollzieher-Actes, gerechtfertigt erſcheint.

Die von der evangeliſchen Gemeinde zu Neuß gegen dieſes Urtheil eingelegte Berufung hat der Appell.-Ger.-Hof durch folgendes Urtheil verworfen:

Urtheil:

J. E., daß die Appellantin der wider ſie erhobenen Klage vor Allem den Einwand der Incompetenz und zwar zunächſt deshalb entgegen ſetzt, weil die Zahlung in Folge einer die Umſchreibung des evangeliſchen Pfarrſprengels zu Neuß enthaltenden Verfügung der Königl. Regierung zu Düſſeldorf geſchehen ſei; über die Rechtsbeſtändigkeit dieſer Verfügung aber der Rechtsweg ausgeſchloſſen ſei;

Daß der erſte Richter dieſen Einwand aus den Gründen verwarf, weil jener Regierungs-Erlaß den Erhebungstitel für die Appellantin gebildet habe, und hier die Rückerſtattung der darauf erfolgten Zahlung in Frage ſei;

Daß aber die Frage über die Bildung ſowohl politiſcher als kirchlicher Gemeinden lediglich dem öffentlichen Rechte anheim fällt, und namentlich in Beziehung auf Letztere der §. 111, Th. II, Tit. 11, des für das innere Staatsrecht der Monarchie maßgebenden allg. Preußiſchen Landrechts die

Digitized by Google

Bestimmung über die Pfarrangehörigkeit, welche keinen Gegenstand des Privatrechts bildet, dem Staate vindicirt, wenn nicht besondere Anordnungen das Gegentheil festsetzen;

Daß in Ansehung der evangelischen Pfarrgemeinde die über die Ausübung dieses Rechts bestehenden, die Ressortverhältnisse regelnden Anordnungen, namentlich das Rescript vom 5. Februar 1824 (Kamptz Annalen Th. 8 pag. 153) und die Verordnung vom 27. Juni 1845 §. 2 Nro 2, solche den politischen und kirchlichen Verwaltungsbehörden zuweisen;

Daß daher die Frage über die Vertheilung und Begrenzung evangelischer Pfarrsprengel nicht Gegenstand gerichtlicher Entscheidung sein kann, wo es sich nur um die Rechtmäßigkeit der desfallsigen Anordnungen handelt und überhaupt nur die Entschädigung der Betheiligten, zu der diese Anordnungen Veranlassung geben möchten, Gegenstand des Rechtsstreits würde sein können;

Daß letztere hier nicht in Frage steht, und daher die Entscheidung darüber, ob die Königl. Regierung zu Düsseldorf, zu deren Verwaltungsbezirke die eingepfarrten Ortschaften gehören, zum Erlaß der Verfügung vom 1. August 1838, worin der evangelische Pfarrsprengel zu Neuß umschrieben wurde, in der Weise, wie solches geschehen, befugt gewesen sei, lediglich den höheren Verwaltungsbehörden zustehen kann;

Daß, da eine desfallsige abändernde Verfügung nicht vorgelegt, das Gegentheil vielmehr aus dem Ministerialrescript vom 1. Mai 1863 ersichtlich ist, der erste Richter mit Unrecht die Competenz der Königl. Regierung zu Düsseldorf zum Erlaß der erwähnten Anordnung verneint hat;

J. E., daß aber hieraus noch keineswegs folgt, daß damit der Klageanspruch der Appellatin hinfällig geworden sei; daß vielmehr die Prüfung darüber, ob ungeachtet des Bestehens der erwähnten Regierungs-Verfügung und unter Annahme ihres Inhalts, soweit er die Pfarrumschreibung betrifft, der Klageanspruch der Appellatin, welcher an sich, als auf den Art. 1376 des B.-G.-B. gestützt, rein civilrechtlicher Natur ist, als gerechtfertigt sich darstellt, der richterlichen Entscheidung anheimfallen würde, wenn nicht andere Gründe die gerichtliche Cognition ausschließen;

Daß in letzterer Beziehung die Appellantin sich zwar ferner auf die Vorschriften der §§. 8 und 10 des Ressortreglements vom 20. Juli 1818 stützt, wonach die Frage

Digitized by Google

über die Vertheilung gewöhnlicher und außerordentlicher auf den Steuerfuß ausgeschriebener Beiträge und Laſten ſich der gerichtlichen Entſcheidung entziehen; und deshalb die Regierungs-Verfügung vom 26. April 1864, auf deren Grund die jetzt ſtreitige Zahlung erfolgte, im Rechtswege unangreifbar ſein ſoll;

Daß ſich aber dieſe Vorſchrift des Reſſortreglements auf die hier fragliche Verpflichtung einer Civilgemeinde zu den Beiträgen evangeliſch-kirchlicher Baulaſt nicht beziehen läßt, weil ſolche lediglich die Frage berührt, ob eine Corporation die Bedürfniſſe einer anderen, außer ihr ſtehenden Corporation zu befriedigen habe, und dieſe lediglich einen Vermögensanſpruch berührende Frage weder durch die intermediaire, noch durch die ſpätere Geſetzgebung der gerichtlichen Entſcheidung entzogen iſt;

Daß nämlich hier, wo nicht einmal über das Bedürfniß und den Umfang des Baues, im Allgemeinen, ſondern lediglich über die Beitragspflicht der Appellatin geſtritten wird, und daher weder die rein civilrechtliche Stellung der franzöſiſchen Conſiſtorien der Civilgemeinde gegenüber, noch auch die Unanwendbarkeit des nur für die Katholiken allein erlaſſenen Fabrikendecrets vom 30. Dezember 1809 und des darauf ſich beziehenden Decrets vom 14. Februar 1810 auf dieſe Conſiſtorien zu erörtern iſt, die vorherige Feſtſtellung der Umlage durch die Königl. Regierung, nachdem ſolche durch die erfolgte Zahlung nach Vollendung des Pfarrbaues ihre Vollziehung erhalten, den jetzt ergriffenen Rechtsweg um deswillen nicht ausſchließt, weil, abgeſehen davon, daß er der Appellatin in dem Reſcripte vom 27. Mai 1863 ausdrücklich vorbehalten worden, ſowohl die §§. 708 und 9 und 791 des Allg. Landr. II. 11, als auch die Allerh. Cabinets-Ordre vom 18. Februar 1805 und der §. 3 der Verordnung vom 27. Juni 1845, deren Anwendbarkeit hier nach der Allerh. Cabinets-Ordre vom 4. Dezember 1826 nicht fraglich ſein kann, die Umlageverfügung der Königl. Regierung zu Düſſeldorf nur als ein Interimiſticum darſtellen, mithin die definitive Feſtſtellung durch richterliche Entſcheidung vorbehalten blieb;

J. E., daß in Anſehung der ferner der Klage entgegengeſetzten Einrede der unterbliebenen Zuziehung anderer Intereſſenten den Gründen des erſten Richters überall nur beigepflichtet werden kann;

Digitized by Google

J. E., daß es hiernach zur Sache selbst sich nur fragen kann, ob in der Unterstellung der Rechtsbeständigkeit der Königl. Regierungs-Verfügung vom 1. August 1838 auch der Appellatin gegenüber, für diese nach Lage der Sache ein Verpflichtungsgrund zu dem gezahlten Pfarrbau-Beitrage bestehe?

J. E., daß die Appellantin eine solche und zwar principale Verpflichtung der Appellatin auf den Grund des Decrets vom 5. Mai 1806 behauptet, während die Appellatin auf die §§. 1 und 131 der evangelischen Kirchenordnung vom 5. März 1835 und die Verordnung vom 14. März 1845 sich stützend, hier nur eine, in Ermangelung des Nachweises der Bedürftigkeit der evangelischen Gemeinde zu Neuß aber als nicht vorhanden anzunehmende, subsidiäre Haftbarkeit behauptet;

J. E., daß der Appellantin darin beigepflichtet werden muß, daß weder die gedachte Kirchenordnung, noch das allegirte Gesetz vom 14. März 1845 der fortdauernden Anwendbarkeit des K. Decrets vom 5. Mai 1806 entgegen stehe, weil jene Verordnungen da nicht zur Anwendung kommen, wo ein Gesetz oder ein sonstiger Rechtstitel Dritte zunächst in Anspruch zu nehmen berechtigt, und namentlich die erwähnte Kirchenordnung, die inneren Verhältnisse der evangelischen Kirchengemeinden regelnd, die Verpflichtungen der Civilgemeinden als Dritter der Kirchengemeinde gegenüber zu alteriren nicht beabsichtigt hat;

Daß auch in Ansehung der Verpflichtung zum Pfarrhausbau schon die Fassung des Art. 1 des Decrets vom 5. Mai 1806, im Gegensatze zum Art. 2, welcher von andern Cultusbedürfnissen spricht, für diejenigen Civilgemeinden, auf welche es Anwendung findet, eine principale Verpflichtung, ohne Rücksicht auf sonstiges Kirchenvermögen unzweideutig ausspricht, wobei der von der Appellatin für das Gegentheil betonte Ausdruck des Decrets: les communes sont autorisées, mit Rücksicht auf das frühere allgemeine Verbot der Verwendung von Gemeindemitteln zu Cultuszwecken, nicht bloß facultativ zu deuten, sondern obligatorisch zu verstehen ist;

Daß aber das Decret vom 5. Mai 1806 mit den Worten: «les communes, où le culte protestant est exercé concurrement avec le culte catholique, sont autorisées à procurer aux ministres du culte protestant un logement

et un jardin," nicht bloß die Einpfarrung einer Ortschaft in eine an einem andern Orte bestehende evangelische Gemeinde, sondern die wirklich stattgehabte Ausübung des evangelischen Cultus neben dem katholischen in der in Anspruch genommenen Civilgemeinde als Grundbedingung der in dem Decrete festgestellten Verpflichtung hinstellt, die wirkliche Ausübung beider Culte in der Civilgemeinde daher die unerläßliche Bedingung seiner Anwendbarkeit ist;

Daß zwar der am Hauptorte der Pfarre ausgeübte Cultus den ganzen Pfarrsprengel, so weit er von Pfarrgenossen bewohnt wird, mit umfaßt;

Daß aber doch immerhin die Möglichkeit der Ausübung des Cultus, sei es durch Beiwohnung des Gottesdienstes, sei es den Angehörigen der Civilgemeinde, oder, soviel es bei Taufen, Trauungen, Begräbniß u. s. w. auch außerhalb der Pfarrkirche geschehen kann, in der in Anspruch genommenen Civilgemeinde vorhanden sein muß, solches aber dann nicht der Fall ist, wenn, wie die Appellatin behauptet, in ihrem Bereiche niemals, und namentlich weder zur Zeit des Pfarrbaues zu Neuß, noch auch gegenwärtig evangelische Pfarrgenossen der Pfarre zu Neuß als Mitglieder der Civilgemeinde Büttgen sich in der Letztern befunden haben;

Daß auch, wenn die principale Verpflichtung zur Beschaffung des evangelischen Pfarrhauses für paritätische Communen zunächst nur durch die gleichmäßigen Beiträge der verschiedenen Confessionsgenossen zu den Gemeinde-Lasten motivirt sein kann, zumal der französische Staat das protestantische Pfarrgut im Allgemeinen unberührt gelassen hat, dieses Motiv bei dem Nichtvorhandensein evangelischer Mitglieder der Civilgemeinde ebensowenig zutrifft, als in diesem Falle von einer paritätischen Gemeinde überhaupt die Rede sein kann;

Daß selbst die Königl. Regierung zu Düsseldorf bei ihrem Erlaß am 1. August 1838 hiervon ausgegangen zu sein scheint, indem sie darin ausspricht, daß sie die Einpfarrung derjenigen Ortschaften, in welchen evangelische Einwohner sich befinden, definitiv festzusetzen bezwecke;

J. E., daß die Appellantin unter Bezugnahme der erwähnten Regierungs-Verfügung die Behauptung aufstellt, daß sowohl zur Zeit der Einpfarrung, als auch später evan-

Digitized by Google

gelische Pfarrgenossen der Pfarre Neuß in Glehn gewohnt haben, wogegen die Appellatin diese Thatsache bestreitet und namentlich unter Bezugnahme des nämlichen Rescripts behauptet, daß der einzige evangelische Einwohner von Glehn, nämlich der Bürgermeister Charôt, nicht der Pfarre Neuß, sondern der Pfarre Kolzenberg angehöre;

Daß der aus den vorgelegten Verwaltungs-Acten sich ergebende Besitz eines Grundstückes im Gemeindebanne der Appellatin Seitens einer nicht zur Pfarre Neuß gehörigen und auch nicht in Glehn wohnenden evangelischen Besitzerin offenbar zur Feststellung eines paritätischen Cultus in der Gemeinde Glehn nicht geeignet ist;

Daß die Pfarrangehörigkeit des Bürgermeisters Charôt zur Pfarre Kolzenberg nicht bestritten und durch das erwähnte Regierungs-Rescript bestätigt wird, hieraus aber der ihm fremden Pfarrgemeinde Neuß keine Ansprüche gegen die Appellatin würden erwachsen können;

Daß endlich die in dem jetzt nicht wiederholten, nach den Qualitäten des angegriffenen Urtheils in erster Instanz genommenen Subsidiar-Beweis-Antrage von der Appellantin angeführten Thatsachen selbst ergeben, daß sie sich auf die hier maßgebende Periode des Pfarrbaues und der Kostenrepartition für denselben nicht beziehen lassen;

Daß dem gegenüber die in dem erwähnten Regierungs-Rescripte vom 1. August 1838 enthaltene Andeutung darüber, daß die Mehrzahl der evangelischen Einwohner von Glehn nach Neuß eingepfarrt zu sein wünschen, nicht dazu gereichen kann, diese Thatsache beim Widerspruche der Appellatin als festgestellt anzunehmen, noch weniger aber dieselbe auf eine spätere Zeit zu beziehen, und danach zu schließen, daß zur Zeit des Pfarrbaues zu Neuß und der Repartition der dazu erforderlich gewesenen Kosten die appellatische Civilgemeinde eine solche gewesen sei, in welcher der evangelische Cultus neben dem katholischen ausgeübt worden;

Daß es vielmehr Sache der Appellantin gewesen wäre, über die concurrente Ausübung des beiderseitigen Cultus, wie ihn das Decret vom 5. Mai 1806 als Grundbedingung der Verpflichtung der Civilgemeinde zum Pfarrhausbau voraussetzt, erhebliche Beweise zu erbieten, und da solches nicht geschehen, es des von der Appellatin über das Gegentheil erbotenen Beweises nicht ferner bedarf;

Digitized by Google

Daß bei dieser Sachlage vielmehr die erstrichterliche Entscheidung, wenn auch deren Motiven nicht beigepflichtet werden konnte, dennoch der Abänderung nicht unterliegen kann, weil nach Obigem eine Verpflichtung der Appellatin zu dem nur mit Vorbehalt gezahlten Beitrage nicht bestand, die Appellantin daher nach Art. 1367 des B.-G.-B. zu der erkannten Rückerstattung und Kostenvergütung verbunden erklärt werden mußte.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rhein. Appell.-Ger.-Hof die wider das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 31. Mai 1865 eingelegte Berufung unter Verurtheilung der Appellantin in die Kosten dieser Instanz und die gesetzliche Geldbuße.

II. Senat. Sitzung vom 6. Dezember 1866.

Advokaten: Herbertz — Esser I.

Versicherungs-Gesellschaft. — Doppel-Versicherung.

Die im Art. 4 u. 12 der Police-Bedingungen der Versicherungs-Gesellschaft Providentia ganz allgemein dem Versicherungsnehmer auferlegte Pflicht, jede anderweit schon auf den Versicherungs-Gegenstand geschlossene Versicherung bei Verlust des Entschädigungs-Anspruch's anzuzeigen, beschränkt sich nicht bloß auf die anderweitigen Versicherungen durch den Versicherungsnehmer, sondern findet auch für die dem Letztern bekannten Versicherungen dritter Personen Statt.

Die Bestimmung des Art. 14 der Police-Bedingungen der Gesellschaft Providentia, wonach die Schadenssumme dort, wo die Versicherung genommen, einen Monat, nachdem der Betrag der Entschädigung durch Anerkenntniß, Vergleich oder rechtskräftiges Erkenntniß festgestellt ist, baar gezahlt werden soll, kann nur als eine Bestimmung, wann die Auszahlung selbst erfolgen solle, aufgefaßt werden, nicht aber als eine

Digitized by Google

Abänderung der gesetzlichen Vorschriften über die Verpflichtung zur Zinsenzahlung.

II. Senat. Sitzung vom 6. Dezember 1866.

Advokaten: Esser — Nacken.

Außergerichtliche Theilung Minderjähriger. — Homologirender Rathskammerbeschluß. — Unzulässigkeit contradictorischer Berufung. — Bedingung der Perfection der Theilung.

Der Rathskammerbeschluß, welcher eine außergerichtliche Theilung Minderjähriger homologirt, ist ein ober-vormundschaftlicher Act und bildet einen Theil der Auseinandersetzung, kein Urtheil erster Instanz über streitige Parteirechte; er kann daher nicht durch **contradictorische** Berufung angegriffen werden unter der Behauptung eines dadurch den Minderjährigen zugefügten Nachtheils.

Eine außergerichtliche Theilung Minderjähriger gelangt erst dadurch zur Perfection, daß der bestätigende Rathskammerbeschluß **von dem Vormunde** beziehungsweise den Vormündern bei dem betreffenden Notar hinterlegt wird; unbedingt dem Ermessen der Vormünder ist es anheimgegeben, die Hinterlegung zu bewirken oder zu unterlassen. Gesetz vom 18. April 1855, §. 19.

Eheleute Bauer — Dietz u. Comp.

Für die Ehefrau Bauer und ihre Geschwister war während ihrer Minderjährigkeit am 3. April 1860 eine außergerichtliche Theilung gethätigt worden, welche die Bestätigung des Familienraths und des Landgerichts erhalten hatte.

Die Ehefrau Bauer erachtete sich durch die Auseinandersetzung für beeinträchtigt, ohne jedoch die Verletzung über $^1/_4$ behaupten zu können, und legte contradictorisch den übrigen bei der Theilung interessirten Parteien gegenüber Berufung gegen den Rathskammerbeschluß des Landgerichts zu Trier ein, welcher die Theilung homologirt hatte.

Digitized by Google

Die Annehmbarkeit dieser Berufung wurde bestritten.

Der Hof erkannte, in Uebereinstimmung mit dem Antrage der Staatsbehörde, wie folgt:

In E., daß zwischen den Parteien ein Rechtsstreit besteht, in welchem die Appellanten und die Coappellaten Eheleute Schmitz die vom Familienrathe und Landgerichte bestätigte außergerichtliche Theilung vom 3. April 1860 in gewissen Punkten angreifen, während der Appellat Dietz unter Anrufung der Bestimmungen des Gesetzes vom 18. April 1855 diese Theilung als vollgültig und unangreifbar bezeichnet, und der Appellat Jansen die Entscheidung dem richterlichen Ermessen anheim gibt;

Daß eine Berufung, den Principien über dieses Rechtsmittel zufolge, ein Urtheil erster Instanz, nämlich den Ausspruch des ersten Richters über dasjenige streitige Verhältniß unterstellt, welches durch Berufung zur Entscheidung der höheren Instanz gebracht werden soll;

Daß untergebens ein Urtheil erster Instanz nicht vorliegt;

Daß zwar appellantischerseits versucht wird, diese Eigenschaft dem homologirenden Rathskammerbeschlusse vom 5. Juni 1860, gegen den formell auch appellirt ist, zu vindiciren, einer solchen Auffassung aber nicht beigetreten werden kann, da der Beschluß lediglich einen Theil des ganzen Auseinandersetzungs-Actes bildet, indem er nichts anderes enthält, als die auf Ansuchen der Vormünder ertheilte obervormundschaftliche Zustimmung, welche zur Gewinnung der vollen Handlungsfähigkeit für die Minderjährigen und ihre Vertreter bei der Theilung gesetzlich erfordert wurde;

Daß es sich also dem Wesen der Sache nach um eine bloß in das Gewand der Berufung eingekleidete, auf Abänderung des Theilungs-Actes gerichtete Klage handelt, mit welcher der Richter zweiter Instanz unter Ueberspringung einer ersten nicht befaßt werden konnte;

In E., daß auch die Befugniß der Vormünder, eine vom Landgerichte schlechthin oder beziehungsweise verweigerte Bestätigung einer Theilung bei dem Appellhofe durch einseitiges Anrufen zu begehren, mit dem vorliegenden Falle, wobei die Zuerkennung streitiger Rechte contradictorisch verfolgt wird, keinerlei Verwandtschaft hat, vielmehr gerade geeignet ist, durch die dabei maßgebende Art des Verfahrens

Digitized by Google

klar zu stellen, daß lediglich ein dem innern Verkehr der Vormundschaftsorgane angehöriger Act der Oberaufsicht vorliegt, der nicht zugleich für eine richterliche Entscheidung über streitige Parteirechte ausgegeben werden kann;

I. E., daß auch die Ausführung, es müsse gegen den Bestätigungsbeschluß, wenn die Theilung den Mündel in Punkten verletze, wegen derer die gemeinrechtliche Klage versagt sei, ein contradictorisches Rechtsmittel zugelassen werden, in den Gesetzen nirgendwo Unterstützung findet und zwar um so weniger, als dem Art. 19 des Gesetzes vom 18. April zufolge, der Minderjährige nicht schon durch die gerichtliche Bestätigung für sich, sondern erst durch die von seinem Vormunde bewirkte Hinterlegung des Bestätigungsbeschlusses bei dem betreffenden Notar unwiderruflich gebunden ist, — bis dahin also, der Bestätigung ungeachtet, dem Vormunde die Freiheit verbleibt, die Theilung je nach dem Interesse des Mündels durch Deposition zu vollziehen, oder aufzugeben;

Daß hiernach die eingelegte Berufung unannehmbar ist und die Kosten den Appellanten und Coappellaten Eheleuten Schmitz, jedem Theile zur Hälfte, zur Last zu legen sind;

Aus diesen Gründen

verwirft der Rhein. Appell.-Ger.-Hof die Berufung wider den Rathskammerbeschluß des Königl. Landgerichts in Trier vom 5. Juni 1860 als unannehmbar, verurtheilt die Appellanten in die Succumbenzstrafe und legt ihnen und den Coappellaten Eheleuten Schmitz die Kosten zur Last.

III. Senat. Sitzung vom 16. Januar 1867.

Advokaten: Lautz — Nacken.

Haftpflicht inländischer Eisenbahn-Gesellschaften. — Activ-Legitimation des Versenders zur Klage auf Wertherſatz verlorener Waaren.

Durch das im Art. 402 und 405 des H.-G.-B. dem Destinatair verliehene Recht, nach Ankunft des Frachtguts am Ort der Ablieferung und Abgabe des Frachtbriefs, in eigenem Namen, sei es in eigenem oder in fremdem Interesse gegen

Digitized by Google

den Frachtführer zu klagen, wird das zwischen dem Absender und dem Frachtführer bestehende Contraktsverhältniß nicht aufgehoben und dem Absender das durch den Contrakt begründete Recht nicht entzogen, aus eigenem Interesse, und aus dem Interesse derjenigen Personen, welchen er selbst wiederum verantwortlich ist, von dem Frachtführer die Erfüllung des Frachtvertrags und die Ablieferung des Guts an den Destinatair gemäß dem Frachtbrief zu verlangen, und wenn der Frachtführer dies wegen Untergang oder Beschädigung des Guts nicht vermag, auch den Ersatz des Guts jedenfalls dann selbst zu fordern, wenn aus dem Besitz des Frachtbriefs und des Originalavisbriefs an den Destinatair, sowie aus den übrigen Umständen hervorgeht, daß der Destinatair nur die Mittelsperson des Absenders, der von ihm bestellte Spediteur war.

Die Einbringung des Frachtguts seitens einer Eisenbahn-Gesellschaft in den Revisionsschuppen der Steuerbehörde kann nicht als eine Ablieferung von Seiten derselben an den Destinatair betrachtet werden, namentlich nicht, wenn der Schuppen für die durch die Zollbehörde der Eisenbahn-Gesellschaft gegenüber vorzunehmende Gesammtrevision bestimmt ist, der Gesellschaft gehört und von ihr in Mitverschluß und Obhut gehalten wird, und aus demselben das Gut nur unter Controlle eines Eisenbahn-Beamten und nur gegen Vorzeigung des quittirten Frachtbriefs an die Adressaten verabfolgt wird. Cf. auch Protokolle der H.-K.-Conferenz Seite 4730 und 4731.

Die Zahlung der Fracht und eine Quittung über den Empfang des Guts, welche von dem Empfänger im Voraus und unter der Voraussetzung, daß die Ablieferung erfolgen werde, abgegeben worden ist, kann nicht für Empfang und Annahme des Guts (Art. 408 des H.-G.-B.) ausgegeben werden. Entgegengesetzte Reglementsbestimmungen würden mit der Prohibi-

tivbestimmung des Art. 423 des deutschen H.-G.-B. im Widerspruch stehen und deshalb unwirksam sein. Dies gilt insbesondere auch für §. 19 des Reglements für den Vereins-Güterverkehr deutscher Eisenbahnen vom 1. März 1865, *) welcher in seiner Allgemeinheit wesentlich den Sinn hat, die Haftpflicht der Eisenbahn nur für die Zeit während des Transports bestehen zu lassen, dagegen für die Zeit nach der Ankunft und Einbringung des Guts in Lagerhäuser, Revisionsschuppen und dgl. in allen Fällen, auch dann wenn das Gut dort noch in Gewahrsam und Disposition der Eisenbahn sich befindet und der Destinatair nicht in Verzug der Empfangnahme ist, die Dauer der Haftpflicht der Eisenbahn, welche gemäß Art. 395 des H.-G.-B. gesetzlich bis zur Ablieferung währt, im Voraus durch Reglement auszuschließen.

Nach Inhalt des deutschen H.-G.-B. und der Vorberathungen zu demselben obligirt sich der Frachtführer, (ex recepto) das Gut in unversehrtem Zustande abzuliefern, (rem salvam fore) und übernimmt somit eine Obhut, (custodia) welche — über den Nachweis des Mangels einer Verschuldung hinausgehend — die Verpflichtung in sich schließt, auch die durch besondere Maßregeln in irgend einer Weise vermeidbaren Ereignisse zu vertreten, so daß — auch wenn man der Ansicht nicht beitritt, daß die höhere Gewalt im Sinne des H.-G.-B. blos auf Ereignisse der Natur oder unwiderstehliche

*) §. 19. Die Eisenbahn haftet für den Schaden, welcher durch Verlust oder Beschädigung des Gutes seit dem nach §. 4 festzustellenden Zeitpunkte der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist, sofern sie nicht beweis't, daß der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt (vis major) oder durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes, namentlich durch inneren Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage und dergleichen, oder durch äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist. Der Ablieferung an den Adressaten steht die Ablieferung an Packhöfe, Lagerhäuser, Revisionsschuppen u. s. w. und im Falle des §. 16 die Ablieferung in ein öffentliches Lagerhaus oder an einen Spediteur gleich.

Digitized by Google

fremde Gewalt beschränkt ist, sondern der dem Frachtführer günstigsten Meinung folgt, nach welcher die höhere Gewalt sich auch auf andere Ereignisse ausdehnt, welche von dem Frachtführer nicht abgewendet werden konnten, — zur höheren Gewalt (vis major) erfordert wird: daß das Ereigniß im concreten Falle durch menschliche Kraft und Voraussicht selbst bei Aufwendung der außerordentlichsten Sorgfalt nicht abgewendet werden konnte, wobei selbstverständlich der Frachtführer diejenigen Umstände des concreten Falls nicht für sich geltend machen kann, welche Gefahren in sich schließen, in die er das Gut selbst gebracht hat und die irgend vermeidbar waren.

Bei einer durch Brand herbeigeführten Zerstörung genügt es zur Befreiung von der Haftpflicht nicht, daß derselbe in einem hölzernen Revisionsschuppen ausgebrochen und der Eisenbahn-Gesellschaft seitens der Festungsbehörde dort nur die Errichtung eines hölzernen Baues gestattet war.

Die Bestimmung des Art. 50 des Reglements des rhein. belg. Eisenbahn-Verbands vom 1. Jan. 1863, *) wonach nur im Fall der **Versicherung** des Frachtguts gegen Verlust der versicherte Werth, sonst blos ein Normalsatz zu ersetzen ist, steht mit der Prohibitiv-Bestimmung des Art. 423 des deutschen H.-G.-B. im Widerspruch, und ist unwirksam.

Die Angabe des Werths auf einem aus Belgien übernommenen Frachtbrief verpflichtet die in-

*) Art. 50. Die Güter überhaupt können gegen Verlust versichert werden, und zwar gegen Berechnung einer Prämie von $^1/_2$ per Tausend des deklarirten Werthes, außer der Transporttaxe. Als Minimaltaxe für Versicherung wird 50 Centimes erhoben.

Im Falle des gänzlichen oder theilweisen Verlustes einer eingeschriebenen aber nicht versicherten Sendung wird die eventuell zu zahlende Entschädigung, wie folgt, berechnet:

1. für Eilgüter zu 2 Francs per Pfund (4 Francs per Kilogr.) des fehlenden Gewichtes;

2. für Frachtgüter zu 20 Thlr. (75 Francs) per Centner (50 Kilogr.)

Digitized by Google

ländische Bahn, den Werth zu ersetzen, wenn auch jene Angabe des Werths in einer Colonne des Frachtbriefs steht, von welcher die Eisenbahn behauptet und zu beweisen erbietet: daß sie nur dazu diene, eine Werthangabe für die Douane zu machen.

Die Verpflichtung der Eisenbahn zum Ersatz des Handelswerths des verlorenen Guts ist durch das Gesetz begründet, eine Beschränkung ihrer Haftpflicht auf den Normalsatz ist daher von der Eisenbahn zu beweisen. Bestimmungen in den Transport-Reglements, wodurch diese Beweislast verschoben wird, stehen mit den Prohibitiv-Bestimmungen des Art. 423 des deutschen H.-G.-B. in Widerspruch und sind daher ungültig. *)

Bansa und Gräser — Rhein. Eisenbahn-Gesellschaft.

Bansa und Gräser versandten von Verviers aus vier Ballen australischer Wolle mit der Eisenbahn an die Adresse

*) Dieser Satz wurde ausgesprochen in der Sache Schäfer — Rhein. Eisenbahn in der Sitzung des II. Senats vom 14. Februar 1867. Advokaten: Dubelmann — Compes.

Auch in diesem Falle handelte es sich von einem in dem Revisionsschuppen der Rhein. Eisenbahn verbrannten Frachtgut. Gut und Frachtbrief waren aus Paris gekommen und von der belgischen und weiter der Rhein. Bahn übernommen worden. Der Frachtbrief war an den Destinatair nicht gelangt; er wurde auch (als angeblich mit verbrannt) im Prozeß nicht vorgelegt. Der Appell.-Ger.-Hof erkannte, daß die Rhein. Bahn den wirklichen Handelswerth ersetzen müsse, weil sie den ihr obliegenden Beweis nicht geliefert habe, daß der Frachtbrief und das zu diesem gehörige (Pariser) Reglement die dem Art. 427 des H.-G.-B. entsprechende Vorbedingung enthalte, und weil sie den §. 23 des Reglements für den Güterverkehr auf den Bahnen des Vereins deutscher Eisenbahnen (siehe unten S. 283) in Bezug auf den hier in Rede stehenden Transport nicht für sich anrufen könne; daß aber auch dieser §. 23 an sich insofern dem Art. 423 des H.-G.-B. entgegen und ungültig sei, als er in Nro. 2 eine Uebereinkunft über den Betrag des Werths statuire, und den Sinn haben solle: daß ein Normalsatz statt des wirklichen Werths die Regel sei, und daß nur dann, als Ausnahme davon, der Ersatz des Werthes eintrete, wenn der Absender oder der Destinatair seinerseits beweise, daß der Werth im Frachtbrief angegeben sei.

Digitized by Google

von A. Brisgen in Köln, welche ein Gesammtgewicht von 577½ Kilogrammes hatten und in der Colonne Valeur des belgischen Frachtbriefes zu 3000 Fr. deklarirt waren. Die Ankunft der Waare wurde am Samstag den 9. Januar 1864 dem Adressaten A. Brisgen angemeldet, von diesem an demselben Tage die Wolle bei dem Zollamte deklarirt, es fand am 11. Januar 1864 die zollamtliche Revision auf dem Central-Güterbahnhofe zu Köln in dem Zollschuppen statt, der Frachtbrief wurde am Abend jenes Tages bei der Eisenbahn eingelöst und am Morgen des 12. Januar 1864 die Wolle durch eine auf dem Central-Güterbahnhofe ausgebrochene Feuersbrunst zerstört. — Bansa und Gräser klagten in Folge dessen gegen die Rhein. Eisenbahn-Gesellschaft bei dem Königl. Handelsgerichte zu Köln auf Ersatz des vollen Werthes der fraglichen 4 Ballen Wolle mit 692 Thlr.

Die Beklagte setzte der Klage entgegen, daß Brisgen mit der Empfangnahme der Waare im Verzuge gewesen, daß die Waaren, nachdem sie von ihr in den Zollschuppen des Central-Güterbahnhofes gebracht und der Frachtbrief abgegeben, als abgeliefert zu betrachten seien, daß sie keinenfalls nach Ablieferung der Waaren in den Zollschuppen noch die strenge Haftungspflicht des Frachtführers habe; daß der Ausbruch des Feuers in dem Zollschuppen nach den bestehenden Zollreglements, welche ihr jede direkte Disposition über die dortigen Räume und Einrichtungen entziehe, für sie eine höhere Gewalt darstelle, daß sie endlich nach den in Geltung stehenden Frachtreglements im Falle einer Haftungspflicht nur 20 Thlr. für den Centner zu vergüten habe, weil die Werthangabe nicht in der dazu bestimmten Colonne des Frachtbriefes, sondern nur der Steuerbehörde gegenüber in der für die Douane bestimmten Colonne gemacht worden sei.

Durch Urtheil des Königl. Handelsgerichtes zu Köln vom 16. September 1864 wurden die Haupteinreden der Rhein. Eisenbahn-Gesellschaft und der ihr überall beitretenden adcitirten Versicherungs-Gesellschaft verworfen, der zu ersetzende Schaden auf Grund der Frachtreglements auf 20 Thlr. für den Centner, im Ganzen auf 231 Thlr. festgesetzt.

Bansa und Gräser haben gegen dieses Urtheil die Hauptberufung eingelegt, weil ihnen nicht der volle, geforderte Betrag zuerkannt worden. Außer den in I. Instanz vorge-

Digitized by Google

brachten Einreden wurde dem Kläger die Activ-Legitimation bestritten, weil der Destinatair Brisgen den Frachtbrief erhalten, und dieser daher nach Art. 402 u. 405 des H.-G.-B. nunmehr allein zur Klage berechtigt sei, nicht aber der Absender.

Der Hof nahm die Legitimation des Klägers nach dem in der obigen Aufschrift enthaltenen ersten Satze an, und erkannte reformatorisch wie folgt:

J. E., daß die Appellatin, indem sie auf der Grenze in Preußen das Gut mit dem in Belgien aufgegebenen Frachtbrief übernahm, und dadurch sich selbstständig verpflichtete, den Transport nach Inhalt des Frachtbriefs auszuführen, ihrerseits in Preußen einen Frachtvertrag einging, welcher nach allgemeinen Grundsätzen an sich von den inländischen Gesetzen als dem Recht des von der Appellatin geschlossenen Vertrags beherrscht wird;

Daß aber das Eintreten der Appellatin in den Frachtvertrag zufolge Art. 401 des H.-G.-B. gemäß dem Frachtbrief erfolgte, mithin die Bestimmungen des ursprünglichen Frachtbriefs sowie der darin bezogenen oder dazu gehörigen Reglements als materieller Inhalt und gleich wie integrirende Bestandtheile des Frachtvertrags der Appellatin gelten zu müssen;

Daß indessen die eben erwähnten materiellen Elemente und Vertragsbestimmungen des im Inland übernommenen und zur Ausführung gebrachten Frachtgeschäfts der Appellatin insoweit unwirksam und ungültig sind, als die inländische Gesetzgebung ihnen entgegenstehende Prohibitiv-Bestimmungen enthält, wie es denn auch offenbar als unstatthaft sich darstellen würde, daß die Appellatin durch Anschluß an ausländische Bahnen und durch Verbandsreglements einen bedeutenden Theil ihrer Transport-Unternehmungen im Inland der Herrschaft inländischer Prohibitiv-Gesetze sollte entziehen können;

Daß diesemnach die Prohibitiv-Bestimmung des Art. 423 des H.-G.-B. über die Haftpflicht der Eisenbahnen in dem gegenwärtigen Rechtsstreit maßgebend ist, und die Appellatin sowohl was die Dauer als was den Umfang der Haftpflicht des Frachtführers betrifft, nicht günstiger gestellt sein kann, als es der Art. 423 zuläßt;

Es wird sodann unter Aufstellung der in der Aufschrift angegebenen Sätze ausgeführt, daß eine Entbindung von der Haftpflicht nicht eingetreten sei und fortgefahren:

Digitized by Google

J. E., betreffend die Höhe des Schadenersatzes,

Daß die Appellatin in dieser Beziehung das zu dem Frachtbrief gehörige Reglement des Rhein. belgischen Verbandes, jedoch nur dieses für sich anführen kann, nicht aber berechtigt ist, hier auch ihre anderweiten Verbandreglements, insbesondere das Reglement des Vereins deutscher Eisenbahnen oder gar die in beiden Reglements von einander verschiedenen Bestimmungen über denselben Gegenstand zugleich und nebeneinander geltend zu machen;

Daß es daher auf den Inhalt des §. 23 des deutschen Vereinsreglements vom 1. März 1865 hier nicht ankommt, und nicht zu erörtern ist, wie sich die Bestimmung des §. 23 Nro. 2 und 3 dieses Reglements zu der Prohibitiv-Bestimmung des H.-G.-B. verhält;

Daß die hier allein in Betracht kommende Bestimmung des Art. 50 des Rhein. belgischen Reglements der prohibitiven Vorschrift des H.-G.-B. gegenüber für unwirksam und für nicht geschrieben erklärt werden muß;

Daß nämlich der Art. 423 zur Beschränkung der gesetzlichen Haftpflicht der Eisenbahnen nur die in den darauf folgenden Artikeln genau normirten Vertragsbestimmungen für statthaft erklärt, und es in Bezug auf die Berechnung des Werths in Art. 427 Nro. 1 lediglich gestattet ist, im Voraus zu bedingen: daß die Eisenbahn dann bloß zu einem Normalsatz haftbar sein sollte, wenn im Frachtbrief ein Betrag als Werth des Guts nicht angegeben ist, und daß der auf dem Frachtbrief angegebene Werthbetrag zu Gunsten der Eisenbahn maßgebend sein solle, wenn er geringer angesetzt ist, als der wirkliche Werth;

Daß dagegen der Art. 50 des Rhein. belgischen Verbandreglements eine ganz andere Bestimmung enthält, welche nur scheinbar und nur unter unklarer Auffassung mit der in Art. 427 des H.-G.-B. zugelassenen Vorbedingung übereinkommt;

Daß durch diesen Art. 50 vorbedungen wird: daß ein Normalsatz von 20 Thlr. pro Centner für Frachtgüter in allen Fällen eintreten soll, in welchen das Gut nicht bei der Bahn gegen Verlust versichert worden, also das Geschäft einer Versicherung des Guts gegen Verlust mit der Bahn nicht eingegangen ist, — wie sich dies auf das unzweideutigste aus den Eingangsworten des Artikels, sowie daraus ergibt, daß ausdrücklich gesagt ist: außer der Transporttaxe

Digitized by Google

werde für die Versicherung eine Prämie nach dem deklarirten Werth erhoben;

Daß die Vorschrift des Eingehens einer Versicherung unter Zahlung einer Prämie nach Procenten des Werths offenbar beschränkender und beschwerender für den Befrachter ist, als die Vorschrift einer Angabe des Werths auf dem Frachtbrief, — und jedenfalls, worauf es hier lediglich ankommt, eine Versicherung außer der Transporttaxe sowohl in Bezug auf den rechtlichen Begriff und das Zustandekommen, als auch in Bezug auf die rechtlichen Wirkungen ganz verschieden ist von der bloßen Werthangabe und einer davon abhängigen Haftpflicht des Frachtführers als solchen, — was sich beispielsweise schon darin zeigt, daß die Versicherung gegen Verlust auf alle Zufälle, die das Gut betreffen, sich erstreckt, und nicht bloß im Falle einer eintretenden gesetzlichen Haftpflicht der Eisenbahn die über 20 Thlr. hinausgehende Berechnung des erlittenen Schadens zur Folge hat, deshalb aber auch von dem Versicherten eine nach dem jedesmaligen Werth berechnete Assecuranzprämie bezahlt werden muß;

Daß der Versuch, die eigentliche Versicherung hier hinwegzudeuten, und die Clausel nur als eine Norm für das bei einer erwiesenen oder wegen Nichterweises des Gegentheils anzunehmenden Schuld der Verwaltung und ihrer Leute zu leistende Entschädigungsquantum auszugeben, jedenfalls hier, dem klaren und unzweideutigen Inhalt des Art. 50 des Reglements gegenüber zerfällt, übrigens eine solche Deutung hier um so sicherer willkürlich und dem Rhein. belgischen Reglement fremd ist, als dies nur eine alte Clausel aus Frankreich und Belgien wiederholt, und auch bei deutschen Bahn-Reglements, welche vor der Einführung des deutschen H.-G.-B. und ohne Rücksicht auf dasselbe verfaßt sind, unter Anderm bei dem damaligen Reglement für die Preußischen Staatsbahnen der Inhalt ergibt: daß bei dieser Clausel das Wort „Versicherung" in seinem vollen und eigentlichen Sinne gebraucht ist und in Ermangelung einer klar entgegenstehenden Vertragsbestimmung nicht durch künstliche Unterschiebung eines beschränkteren Sinnes zu etwas Anderm als einer Assecuranz gegen Prämie zur Sicherung gegen alle Gefahren und Unfälle auf dem Transport gemacht werden kann;

Digitized by Google

Daß diesemnach, da in Art. 50 des Rhein. belgischen Verbandreglements die Beschränkung auf einen Normalsatz nicht an die in Art. 423 des H.-G.-B. einzig zugelassene Vorbedingung geknüpft ist, diese Clausel unwirksam ist und in Ermangelung der wirklich statthaften Reglementsbestimmung die Regel der gesetzlichen Haftpflicht in der durch den Art. 396 des H.G.-B. bestimmten Höhe eintritt;

I. E., daß dies auch durch die Entstehungsgeschichte der betreffenden Artikel des H.-G.-B. bestätigt wird;

Daß zur Zeit der Bearbeitung des H.-G.-B. bei verschiedenen deutschen Eisenbahnen mit dem Art. 50 des Rhein. belgischen Verbandsreglements übereinstimmmende Reglementsbestimmungen bestanden, aber lebhaft darüber gestritten wurde, ob die Beschränkung der Entschädigung auf einen Normalsatz und der indirekte Zwang zu versichern, zu Recht bestehe oder der öffentlichen Ordnung zuwiderlaufe;

Daß die Handelsrechtsconferenz bei erster und zweiter Lesung unbedingt jede Beschränkung der gesetzlichen Haftpflicht der Eisenbahnen für rechtlich unwirksam erklärte (Art. 339, 396 der Entwürfe 1. u. 2. Lesung) und ungeachtet der inzwischen sehr rege gewordenen Gegenbestrebungen der Staats- und Privat-Eisenbahnverwaltungen auch bei der 3. Lesung im öffentlichen Verkehrsinteresse und wegen des sogenannten faktischen Monopols der Eisenbahnen an diesem Grundsatz als einer Prohibitivregel festhielt, und nur die in den Art. 424 — 428 unter einer, jede erweiternde Modifikation und Analogie ausschließenden scharfen Präcisirung aufgeführten Ausnahmen von der Regel zuließ;

Daß sie dabei in Betreff der Höhe des Ersatzes nicht etwa zu dem alten System des indirekten Versicherungszwanges und zu der reprobirten Idee zurückgekehrt ist, daß durch die Eisenbahn-Reglements bewirkt werden könne, daß der Befrachter nur dann zur vollen Entschädigung gelange, wenn die Eisenbahn ihn für das sie gesetzlich als Frachtführer treffende Maß der Haftpflicht gegen Zahlung einer Prämie bei sich selber versichert habe;

Daß vielmehr der Art. 427 Nro. 1 bei der 3. Lesung auf den von der Preußischen Regierung eingebrachten Antrag in das Gesetzbuch aufgenommen wurde, dieser Antrag aber in Folge der von den Deputirten der Commissions-Verwaltungen der Eisenbahnen zu Leipzig am 25. Januar 1860

Digitized by Google

ausgegebenen Abänderungs-Vorschlägen entstanden war, und gemäß denselben auf dem Motive beruhte, „daß es aller Billigkeit widerspreche, den Frachtführer für sehr werthvolle Güter, von denen er nicht weiß, daß sie sich in einem ihm übergebenen Frachtstück befinden, ebenso haften zu lassen, wie für Güter von gewöhnlichem Werth;"

Daß dieser Sinn des Gesetzes, nämlich die Eisenbahn ohne Versicherung für den Werth des Guts unbedingt haften zu lassen, wenn sie von diesem Werth durch den Frachtbrief in Kenntniß gesetzt ist, wodurch ihre besondere Aufmerksamkeit auf dies Gut gelenkt wird, in dem Art. 427, welcher lediglich die einseitige Angabe des Werthbetrags in dem Frachtbrief von dem Absender fordert, seinen unzweideutigen Ausdruck gefunden hat; (cf. auch den in seinen Grenzen analogen zweiten Absatz des Art. 395 für den Frachtführer überhaupt.)

Daß dagegen der Art. 50 des Rhein. belgischen Reglements bei der alten Clausel des Versicherungs-Systems geblieben ist und daher als mit der in Art. 427 Nro. 1 präcisirten Vorbedingung keineswegs identisch, für das Preuß. Gebiet keine rechtliche Wirksamkeit in Anspruch nehmen kann, abgesehen von der Frage: ob er auf dem Gebiet des Code de commerce in der Praxis der dortigen Gerichte Anerkennung findet;

J. E., daß übrigens selbst dann, wenn die Clausel des Art. 50 des Rhein. belgischen Verbandreglements mit der des Art. 401 des H.-G.-B. zu identifiziren oder wenn der §. 23 des Reglements des Vereins deutscher Eisenbahnen*) in

*) Eine der Eisenbahn nach den Bestimmungen der vorstehenden §§. zur Last fallende Entschädigung ist in ihrem Geldwerthe nach folgenden Grundsätzen zu bemessen:

1) Im Falle des gänzlichen oder theilweisen Verlustes wird bei der Schadenberechnung der von dem Beschädigten nachzuweisende gemeine Handelswerth, und in Ermangelung eines solchen, der gemeine Werth, welchen Güter gleicher Beschaffenheit zur Zeit und am Orte der bedungenen Ablieferung gehabt haben würden, nach Abzug der in Folge des Verlustes etwa ersparten Zölle, Frachten und Unkosten, zum Grunde gelegt.

2) Zum Zwecke der Entschädigungs-Berechnung wird jedoch der gemeine Handelswerth, beziehungsweise der gemeine Werth nicht höher als 20 Thlr. pro Centner angenommen, insofern ein höherer Werth nicht ausdrücklich auf dem Frachtbriefe an der dazu bestimmten Stelle deklarirt ist.

Digitized by Google

dem vorliegenden Falle von der Appellatin anzurufen wäre, gleichwohl die Haftpflicht der Appellatin nicht auf den Normalsatz zu beschränken sein würde, weil der Werthbetrag des Guts wirklich in dem Frachtbrief angegeben ist;

Daß die entgegengesetzte Behauptung der Appellatin weder durch den Mangel einer Versicherung noch durch ihre Beweisartikulation über den Zweck der Colonne Valeur zu begründen ist;

Daß Angesichts des Art. 427 Nro. 1 des H.-G.-B. von dem Erforderniß einer stattgehabten eigentlichen Versicherung des Guts gegen Verlust nicht die Rede sein kann, und wenn für die Appellatin ausgeführt worden ist, daß der Art. 427 Nro. 1 voraussetze: daß rücksichtlich der Werthdeklaration ein Uebereinkommen zwischen dem Absender und der Eisenbahn stattgefunden habe, die Werthbestimmung sonach eine vertragsmäßige sei, und eine Einigung zwischen dem Absender und der Eisenbahn über den Werth des Frachtguts erfolgt sein müsse, sonach die Deklaration des Werths auf dem Frachtbrief der Eisenbahn gegenüber in dem Sinne geschehe; daß sie einen Antrag des Befrachters zur Feststellung des Werths darstelle und der Empfang des wirklich entrichteten sogenannten Frachtzuschlags als die Annahme des Antrags zur Feststellung des Werths zu betrachten sei, dies Alles das Erforderniß eines Versicherungsvertrags (und sogar unter der Auffassung als ob dabei eine Assecuranztaxe und eine Art von taxirter Polize zu Stande komme) mit vollem Unrecht in den Art. 427 Nro. 1 hineinträgt, welcher nur die einseitige Angabe von Seiten des Absenders fordert;

Daß die Bezugnahme der Appellatin auf eine einzelne Stelle in den Protokollen der Handelsrechtsconferenz (Prot. 4716) den dortigen Zusammenhang unrichtig wiedergibt, und hier ganz unzutreffend ist, da es sich dort um einen andern Gegenstand, nämlich um den Antrag handelt: den Fracht-

---

3) Im Falle einer höheren Werthdeklaration bildet die deklarirte Summe den Maximalsatz der zu gewährenden Entschädigung. In diesem Falle hat der Versender neben der tarifmäßigen Fracht $^1/_{10}$ pro Mille der ganzen deklarirten Summe für jede angefangenen 20 Meilen, welche das Gut innerhalb der einzelnen Bahn resp. des einzelnen Verbandes zu durchlaufen hat, mit einem Minimalbetrage von $^1/_{30}$ Thlr. und unter Abrundung des zu erhebenden Betrages auf ganze Sgroschen, zu entrichten.

Digitized by Google

führer zu verpflichten, ein von dem Absender angegebenes, den Werth des Guts übersteigendes Interesse zu ersetzen, bei einer solchen Verpflichtung freilich eine Einwilligung des Frachtführers in die Höhe des angeblichen Interesses vorausgesetzt werden mußte, und gerade deshalb und wegen der Gefährlichkeit, eine so weit gehende Verpflichtung sich durch eine bloße Angabe des Absenders aufdrängen zu lassen, jener Antrag eben verworfen wurde, wogegen die in dem Art. 427 des H.-G.-B. gedachte Angabe keine über den an sich und ohne Uebereinkunft gerechtfertigten Ersatz des Art. 395 des H.-G.-B. hinausgehenden Anspruch zur Folge hat, und daher in diesen Grenzen die Norm der einseitigen Angabe des Absenders in Art. 427 Absatz 1 des Gesetzbuchs Aufnahme gefunden hat;

Daß zwar in früheren Vereinsreglements deutscher Eisenbahnen ein Bestreben obgewaltet zu haben scheint, durch eine mehr oder weniger verhüllte Fassung abweichend von Art. 427 Nro. 1 des H.-G.-B. den Standpunkt des Erfordernisses eines Vertrags über die Höhe der deklarirten Summe festzuhalten, und das Dasein desselben an eine gleichzeitige wirkliche Entrichtung und Annahme des sogenannten Frachtzuschlags zu knüpfen, das Reglement vom 1. März 1865 aber in dieser Beziehung, und abgesehen von der in §. 23 Nro. 2 unstatthaft hineingebrachten fingirten Uebereinkunft über die Höhe des gemeinen Handelswerths, eine Abweichung von dem H.-G.-B. nicht enthält, indem es die Verpflichtung zu dem sogenannten Frachtzuschlag nur im Falle der Deklaration und als Folge derselben eintreten läßt;

J. E., daß die offen und sofort ersichtlich unter der Ueberschrift Valeur in dem Frachtbrief enthaltene Werthangabe dem Erforderniß des Reglements und des Art. 427 Nro. 1 entspricht, daher ihr die Wirksamkeit nicht versagt werden kann;

Daß das Beweiserbieten der Appellatin *) über die Zwecke, zu welchen die Colonne Valeur diene und nicht diene,

*) Die Appellatin hatte den Beweis erboten: daß die Colonne, worin die Appellantin die Summe von 3000 Francs geschrieben, nicht dazu diene, der Eisenbahn-Gesellschaft zum Zwecke der event. vollen Entschädigung den Werth der Colli zu deklariren, sondern daß dieselbe dazu diene, für die Douane oder zum Zweck der Handelsstatistik eine Werthangabe zu machen.

Digitized by Google

irrelevant ist, da abgesehen davon, daß diese Artikulation in Ermangelung einer Bezeichnung der Quelle, aus welcher der Ausspruch über die Bedeutung der Colonne geschöpft werden soll, sowie auch derjenigen Personen, welche sich der angeblichen Zwecke bewußt sein sollen, keinen greifbaren Sinn hat und zu einem Beweisverfahren sich nicht eignet, es auf Zwecke nicht ankommt, welche die Eisenbahn mit ihrer Colonne verbindet, und welche die Appellatin selbst nicht einmal bestimmt anzugeben vermag, während die auf dem Frachtbrief als solchem befindliche Werthangabe der Appellatin gegenüber den Werth des Frachtgutes kund macht, und dadurch, daß sie sich in der Colonne befindet, an Ernstlichkeit und Wahrhaftigkeit nichts verliert, diese Angabe aber nach Reglement und Gesetz dem Absender und Empfänger dient, indem nur dann, wenn die Werthangabe fehlt, der Normalsatz eintritt.

Aus diesen Gründen

reformirt der Appell.-Ger.-Hof auf die Hauptberufung das Urtheil des Königl. Handelsgerichts zu Köln vom 16. September 1864 insoweit dasselbe die Appellatin nur zur Zahlung von 231 Thlr. nebst Zinsen verurtheilt hat, verurtheilt die Rhein. Eisenbahn-Gesellschaft außerdem auch noch zur Zahlung des Restes von 461 Thlr. 15 Sgr. 6 Pfg. nebst Zinsen zu 6% vom Tag der Klage und in die sämmtlichen Kosten beider Instanzen.

III. Senat. Sitzung vom 14. Februar 1867.

Advokaten: Dubelmann — Compes.

Zollgefälle. — Privilegium des Fiscus. — Bürge.

Das der franz. Douanen-Regie durch die Gesetze vom 22. August 1791 und 4. Germinal II. für Zollgefälle gewährte Privilegium auf Möbel- und Mobilar-Effecten des Schuldners ist weder durch die spätern franz. Gesetze, noch durch die preußische Zollgesetzgebung aufgehoben und steht daher auch jetzt noch dem preußischen Zollfiscus zu. Dasselbe tritt auch bei creditirten Zollgefällen ein und umfaßt das gesammte Mobilarvermögen des Schuldners.

Digitized by Google

Dieses Privilegium kann nicht gegen den Solidar-Bürgen geltend gemacht werden.*)

Königl. Preuß. Zollfiscus — Falliment Mathée Hösch und Wintgens-Oeder.

Der Königl. Preuß. Zollfiscus hatte dem Handlungs- und Speditionshaus Mathée Hösch in Aachen wegen der von ihm zu zahlenden Gefälle für Waaren, welche theils für eigene, theils für fremde Rechnung aus dem Auslande eingeführt werden würden, für mehrere Monate Credit gewährt und sich zur Sicherheit zwei Wechsel von diesem Hause, im Betrag von etwa 48000 Thlr. ausstellen lassen. Beide Wechsel erwähnten als Valuta die zu zahlenden Zollgefälle und waren avalirt von dem Banquierhause Wintgens-Oeder in Aachen. Beide Häuser fallirten gleichzeitig. Der Zollfiscus meldete in beiden Fallimenten nach einer näher aufgestellten Rechnung unter Vorlage der beiden Wechsel eine Forderung von 47766 Thlr. 21 Sgr. an und beanspruchte für diese Summe auf die gesammte Mobilarmasse, insbesondere auch ausstehende Forderungen und Werthpapiere ein Privilegium. Der Richter-Commissar admittirte zwar die Summe selbst zum Passivstatus, verwies jedoch die Entscheidung über das Privilegium vor das Handelsgericht. Durch zwei Urtheile vom 22. November 1866 verwarf das Gericht das Privilegium, indem es annahm, daß die franz. Gesetze, welche dasselbe der Douanen-Regie gewähre, durch die preußischen Zollgesetze aufgehoben seien. Auf die vom Zollfiscus eingelegte Berufung hielt der Hof in Uebereinstimmung mit den Anträgen des öffentl Ministeriums in der Sache Mathée Hösch das Privilegium des Fiscus aufrecht, indem er im Wesentlichen von den bereits in dem Urtheil des Ober-Tribunals vom 26. Mai 1851 (Rhein. Archiv 46 2 A. 38) niedergelegten Grundsätzen ausging und verwarf dasselbe in der Sache Wintgens-Oeder durch folgendes

*) Die Publikation der erwähnten Gesetze für die Rheinprovinz findet sich bei Daniels Sammlung Band 8 p. 768 Nro. 334 und p. 778 Nro. 353. Die franz. Jurisprudenz, welche fast ausschließlich, jedoch ohne ausreichende juristische Begründung, das Privilegium auch gegen den Bürgen zuläßt, siehe bei Dalloz Repert. en privil. u. Hyp. Nro. 543 und ff.

Digitized by Google

Urtheil:

Was sodann die fernere Frage betrifft, ob dies Privileg nicht nur die Fallitmasse der Handlung Mathée Höfch und Comp., welcher der Zollcredit, aus welchem die vorliegende Forderung entspringt, gewährt worden ist, sondern auch die Fallitmasse des Banquiers Wintgens-Oeder, welcher sich für die dem Hauptschuldner creditirten Gefälle mit verpflichtet hat, ergreift;

I. E., daß die gesetzlichen Privilegien ein bestimmtes thatsächliches Verhältniß voraussetzen, an welches kraft Gesetzes die privilegirte Natur der aus diesem thatsächlichen Verhältnisse entspringenden Forderung geknüpft ist;

Daß es der Willkühr der Parteien überlassen ist, diese Thatsache eintreten oder nicht eintreten zu lassen, daß es ihnen aber nicht freisteht, durch vertragsmäßiges Uebereinkommen die thatsächliche Voraussetzung des Privilegs zu ersetzen und ohne diese Voraussetzung durch bloßes Belieben das Privileg zu Gunsten eines Gläubigers zu schaffen;

Daß das betreffende Gesetz von 1791 für das Privileg des Zollfiscus nicht bloß die thatsächliche Voraussetzung hinstellt, daß die Forderung Zollgefälle zum Gegenstande hat, sondern auch die Person, an deren Vermögen das Privileg gewährt wird, als den «redevable», der rückständigen Zollpflichtigen, bezeichnet;

Daß die Eigenschaft eines Zoll- oder Steuerpflichtigen aus den dem öffentlichen Rechte angehörigen Zoll- und Steuergesetzen entspringt, und insbesondere nicht angenommen werden kann, daß derjenige, welcher sich privatrechtlich verpflichtet hat, die einem Andern nach den Zoll- und Steuergesetzen obliegenden und rückständigen Zoll- oder Steuergefälle zu bezahlen, mag dies vor oder nach Entstehung der Verpflichtung des Andern geschehen sein, dadurch selbst ein rückständiger Zoll- oder Steuerpflichtiger im eigentlichen Sinne dieses Wortes werde;

Daß nun im vorliegenden Falle nicht behauptet werden kann, daß der Fallit Wintgens-Oeder die von seiner Fallitmasse geforderten rückständigen Zollgefälle um deswillen verschulde, weil sich in seiner Person die Thatsachen vereinigen, aus welchen schon kraft Gesetzes die Zollpflichtigkeit entspringt;

Digitized by Google

Daß insbesondere der Umstand, daß er als Aval zwei Wechsel unterzeichnet hat, welche die Handlung Mathée Hösch und Comp. zu Gunsten des appellantischen Zollfiscus unter der Valuta-Angabe „Auf Zollgefälle" ausgestellt hat, einestheils nicht die Annahme rechtfertiget, daß er die Wechsel für eigene Zollgefälle avalirt habe und anderntheils nicht hindert, auf das den Wechseln unterliegende zwischen den Parteien bestehende wirkliche Verhältniß zurückzugehen, um die Frage zu beurtheilen, ob Appellant ein privilegirter Gläubiger des Wechselbürgen Wintgens-Oeder sei;

Daß in dieser Beziehung aber nicht bestritten ist, daß Wintgens-Oeder jene Wechsel nur unterzeichnet hat, um sich dadurch zu Gunsten des Appellanten für diejenigen Zollgefälle zu verpflichten, welche Mathée Hösch für die von ihnen über die Grenze geführten und von ihnen oder in ihrem Auftrage bei der Zollbehörde angemeldeten Waaren zu zahlen hatten, und welche ihnen gegen Ausstellung jener Wechsel creditirt wurden;

Daß dagegen Wintgens-Oeder der als Banquier von Mathée Hösch und Comp. jene Wechselbürgschaft leistete, zu jenen zollpflichtigen Waaren in keinem thatsächlichen oder rechtlichen Verhältniß stand, welches ihn ohne jene vertragsmäßige Mitverpflichtung zum zollpflichtigen Schuldner des Appellanten gemacht haben würde, da lediglich Mathée Hösch und Comp. es waren, welche als Eigenthümer oder Commissionäre und Spediteure jener Waaren bei der Zollbehörde auf ihren Namen deklarirten uud die Anerkenntnisse über die dafür schuldigen Zollgefälle ausstellten;

Daß aber das in dieser Hinsicht maßgebende Zollgesetz von 1838 im §. 15 ausdrücklich als eigentlichen Zollpflichtigen nur denjenigen bezeichnet, welcher zur Zeit, wo der Zoll zu entrichten, Inhaber (natürlicher Besitzer) des zollpflichtigen Gegenstandes ist, und zudem das Gesetz von 1791, wenn es auch nicht eine gleiche ausdrückliche Definition der Zollpflichtigkeit enthält, doch aus der Gesammtheit seiner Bestimmung erkennen läßt, daß es dazu ein Verhältniß zu der zollpflichtigen Waare verlangt, welches über die bloße vertragsmäßige Mitverpflichtung für die Schuld eines andern Zollpflichtigen hinausgeht;

I. E., daß endlich die solidarische Verbürgung für eine gegen den Hauptschuldner privilegirte Forderung, auch wenn

Digitized by Google

die Verbürgung der Entstehung der Hauptschuld vorausgeht und die Voraussetzung der Entstehung der Hauptschuld ist, rechtlich nicht die Wirkung hat, daß die Forderung des Gläubigers gegen den Bürgen an dem Vermögen des Letztern ebenso privilegirt sei, wie kraft Gesetzes die Forderung in Beziehung auf das Vermögen des Hauptschuldners privilegirt ist;

Daß für eine solche Ausdehnung des Privilegs von dem Appellanten mit Unrecht die Haftbarkeit des Bürgen für alle Accessorien der Hauptschuld geltend gemacht wird, da diese Ausdehnung rechtlich nicht die Haftung für die Accessorien der Hauptschuld, sondern die Schaffung eines weitern Accessoriums involvirt, und zwar die Schaffung eines accessorischen Privilegs, für welches eine gesetzliche Bestimmung nicht vorhanden ist, und welches vertragsmäßig nicht constituirt werden kann;

J. E., daß hiernach Appellant durch das Urtheil des ersten Richters nicht beschwert ist;

Aus diesen Gründen

verwirft der Rhein. Appell.-Ger.-Hof die Berufung von dem Urtheile des Königl. Handelsgerichts zu Aachen vom 2. November 1866 unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 30. Januar 1867.

Advokaten: Vagedes — Herbertz.

Entscheidungseid. — Grenzen seiner Beweiskraft.

Der von einer Partei geschworene Entscheidungseid beweiset nur innerhalb der Grenzen des Rechtsstreits, in welchem er zugeschoben ist.

Er beweiset nicht in einem neuen Rechtsstreit derselben Parteien, in welchem es sich um ein anderes Streitobject handelt und für welchen die beschworene Thatsache von Erheblichkeit sein würde. *)

*) Die von Savigny, System, Band 7, S. 69 entwickelte entgegengesetzte Meinung hängt mit seiner Theorie über die Rechtskraft der objectiven Gründe zusammen.

Anmerkung des Einsenders.

Digitized by Google

Schuren hatte in einem früheren Rechtsſtreite der Parteien, auf den ihm deferirten Entſcheidungseid, das Daſein einer für die Sache erheblichen Uebereinkunft beſchworen und ein obſiegliches Urtheil erlangt. Da die Uebereinkunft eine über das Object dieſes erſten Rechtsſtreits hinausgehende Tragweite hatte, ſo erhob Schuren eine fernere Klage gegen Graff, artikulirte zu deren Begründung die fragliche Uebereinkunft und behauptete, auch für dieſen neuen, ein anderes Streitobject befaſſenden Prozeß müſſe der von ihm geleiſtete Eid als ein gültiger Beweis gelten. Das Landgericht in Düſſeldorf erkannte in dieſem Sinne und ſprach die Klage zu. Auf die Berufung des Graff und die Intervention des ihm nach ſeiner Interdiction beſtellten Vormundes erkannte der Hof reformatoriſch, wie folgt:

In E., daß es ſich dermalen um ein anderes Streitobject handelt, als in dem früheren Prozeſſe der Parteien, und daß beide Sachen nur das Gemeinſame haben, daß zur beziehungsweiſen Begründung der jetzigen Klage vom Appellaten dieſelbe Uebereinkunft angerufen wird, deren Vorhandenſein er in der früheren Sache beſchworen hat;

Daß nun die Parteien darüber ſtreiten, ob dem abgeleiſteten Eide für den gegenwärtigen Rechtsſtreit Bedeutung beizulegen ſei;

Daß im Art. 1354 des B.-G.-B. der Entſcheidungseid als derjenige Eid, welchen eine Partei der andern zuſchiebe, um davon das Urtheil über den Rechtsſtreit (cause) abhängig zu machen, bezeichnet und in ähnlicher Weiſe im Art. 1360 von dem über die Klage oder Einrede deferirten Eide geſprochen wird;

Daß, wie nicht zweifelhaft erſcheint, in dieſen das Princip des Inſtituts enthaltenden Stellen unter dem Rechtsſtreite, der Klage oder Einrede, deren Entſcheidung von der Eidesleiſtung abhängen ſoll, der concrete Rechtsſtreit verſtanden iſt, in welchem der Entſcheidungseid zugeſchoben wird;

Daß, wenn für dieſen Rechtsſtreit die beſchworene Thatſache als volle Wahrheit zu gelten hat, es dagegen an jedem geſetzlichen Anhaltspunkte für die Annahme fehlt, es ſolle die eidliche Erklärung ihre beweiſende Kraft auch in ſolchen Rechtsſtreitigkeiten derſelben Parteien äußern, auf welche

Digitized by Google

wegen Verschiedenheit der Streitobjecte die bereits ergangene Entscheidung ohne Einfluß ist;

Daß vielmehr der entgegengesetzten Auffassung die Natur der Sache zur Seite steht;

Daß nämlich der durch Zuschiebung und Annahme des Eides zur Perfection kommende gerichtliche Vertrag, nach der Absicht der Betheiligten, nur die Auslegung erleiden kann, es solle das auf diesem Wege festzustellende thatsächliche Verhältniß lediglich für den bestimmten anhängigen Rechtsstreit als Wahrheit betrachtet werden, nicht aber für künftige anderweitige Rechtsstreitigkeiten, die den Parteien möglicher Weise ganz unbekannt sind und deren Bedeutung sie zur Zeit nicht zu übersehen vermögen;

Daß schon im älteren Rechte der Eid als Surrogat des Urtheils in der Sache, in welcher er geleistet ward, aufgefaßt wurde, aber auch keine weiter reichende Geltung hatte und daher für ein anderweitiges, in einem ferneren Prozesse verfolgtes Streitobject nicht maßgebend war;

Daß zwar in dem neuen Rechtsstreite derselben Parteien möglicher Weise über die für die frühere Sache eidlich festgestellte Thatsache ein Beweisverfahren angeordnet wird und zu einem entgegengesetzten Resultate führen kann, hieraus indeß ein begründeter Einwand gegen die obige Auffassung nicht herzuleiten und eine Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift des Art. 1363 des B.-G.-B., der dem Deferenten des Eides den Nachweis der fälschlichen Ableistung verbietet, nicht zu entnehmen ist, da der Ausführung zufolge der in der früheren Sache geleistete Eid für die neue Klage als Beweis überhaupt nicht in Betracht zu kommen hat, daher auch nicht als falsch angegriffen würde;

Daß hiernach der erste Richter der vom Appellaten beschworenen Erklärung in der gegenwärtigen Streitsache mit Unrecht Beweiskraft zugeschrieben hat;

J. E., daß auch kein genügender Grund vorliegt, den Appellaten zu dem in seinem Subsidiar-Antrage erbotenen ersten Ergänzungseide zuzulassen, die Klage sich mithin als beweislos darstellt und ohne Rücksicht auf die nunmehr unerheblichen ferneren Subsidiar-Anträge unter Reformation des angegriffenen Urtheils zurückzuweisen ist;

Digitized by Google

Aus diesen Gründen

reformirt der Hof unter Annahme der Berufung, beziehungsweise der Intervention, das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 18. April 1866, weiset die Klage des Appellaten ab, verurtheilt den Appellaten in die Kosten beider Instanzen und verordnet die Rückgabe der Strafgelder.

III. Senat. Sitzung vom 8. Februar 1867.

Advokaten: Esser I. junior — Nacken.

Ausländische Actiengesellschaft. — Eigenschaft der juristischen Persönlichkeit in Preußen. — **Dies incertus** einer Obligation. — Gleichstellung desselben mit der Bedingung.

Eine, nach dem Gesetze ihres Sitzes mit juristischer Persönlichkeit bekleidete ausländische Actiengesellschaft, hat diese Eigenschaft, insbesondere das jus standi in judicio auch in Preußen, ohne daß es einer landesherrlichen Genehmigung der Gesellschaft für Preußen bedarf.

Die statutarische Bestimmung, daß sofort nur gewisse Procente der Actienbeträge eingezahlt werden, und weitere Einschüsse erst dann erfolgen sollen, wenn der Geschäftsbetrieb sie erfordere und der Verwaltungsrath der Gesellschaft dies durch seinen Beschluß constatire, enthält eine wahre Bedingung, keine bloße Zeitbestimmung. Das einem fallirten Actionär bewilligte Concordat läßt die so bedingte Forderung der Gesellschaft unberührt.

Heiliger — Curatoren der Actiengesellschaft Hammonia.

Heiliger, Zeichner mehrerer Actien der Hammonia in Hamburg fallirte 1854 und erlangte ein Concordat. Die Curatoren der einige Jahre später in Concurs gerathenen Hammonia haben gegen Heiliger beim hiesigen Handelsgericht auf Zahlung der noch restirenden 90 Procent der Actien-

Digitized by Google

beträge geklagt und begegneten den beiden folgenden, hier allein interessirenden Einreden:

1) der Hammonia, als ausländischer Actiengesellschaft fehle für Preußen die Eigenschaft der juristischen Persönlichkeit, insbesondere das jus standi in judicio, weil sie für Preußen nicht landesherrlich genehmigt sei;

2) das Heiliger'sche Concordat habe die Wirkung, die restirenden 90 Procent auf die concordatmäßige Rate zu reduciren;

Letzterer Einrede gegenüber wurde replicirt, nach dem Statut der Hammonia seien nur 10 Procent unbedingt einzuzahlen gewesen, und die ferneren Einzahlungen hätten erst erfolgen sollen, wenn der Geschäftsbetrieb der Hammonia weitere Einschüsse erfordere und der Verwaltungsrath die dem Bedarf entsprechende Rate des Einschusses festsetze; hierin liege keine bloße Zeitbestimmung, sondern eine Suspensiv-Bedingung; das Concordat habe folgeweise die Forderung der Hammonia nicht berühren können, daß der Dies incertus der Bedingung gleichstehe, werde von der Doctrin allgemein anerkannt, so von Savigny System, B. 3, S. 125.

Der Hof hat die gegen die handelsgerichtlichen Urtheile eingelegte Berufung in Uebereinstimmung mit dem Antrage der Staatsbehörde verworfen.

J. E. was die aus dem Mangel der landesherrlichen Genehmigung der Gesellschaft Hammonia entnommene Einrede betrifft:

Daß unbestrittener Maßen sowohl zur Zeit der Gründung der Actiengesellschaft Hammonia wie zur Zeit der Anstellung der Klage nach dem in Hamburg, dem Sitze der Hammonia geltenden Rechte eine Actiengesellschaft zur Erlangung einer rechtlichen Existenz überhaupt und insbesondere zur Erlangung der Fähigkeit vor Gericht zu stehen einer Staatsgenehmigung nicht bedurfte;

Daß die Fähigkeit vor Gericht zu stehen lediglich ein Ausfluß der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit ist, die letztere aber nach dem Rechte des Ortes zu beurtheilen ist, an welchem die Gesellschaft, von deren Rechtsfähigkeit es sich handelt, begründet werden soll;

Daß daher der appellatischen Gesellschaft Hammonia die Fähigkeit, ohne landesherrliche Genehmigung in Preußen vor Gericht stehen zu können, um so weniger bestritten werden

Digitized by Google

kann, als der zur Zeit der Klage-Erhebung bereits an die Stelle des Art. 37 des Rhein. H.-G.-B. und des Gesetzes vom 9. November 1843 getretene Art. 208 des allg. deutschen H.-G.-B. nur die Actiengesellschaften des Landes, in welchem das H.-G.-B. eingeführt wird, zum Gegenstande hat (cf. Protok. vom 23. März 1857 l. p. 371.) und keineswegs die Natur einer auch für ausländische Gesellschaften und deren rechtliche Existenz maßgebende polizeiliche Bestimmung darstellt;

Daß endlich der Mangel der Concession zum Geschäftsbetriebe innerhalb Preußens vom ersten Richter mit Recht für die vorliegende Klage als unerheblich erachtet worden ist, da es sich nicht von dem Anspruche aus einem seitens der Hammonia in Preußen abgeschlossenen Versicherungsgeschäfte, sondern von dem Anspruche aus der Betheiligung des Appellanten an jener Actiengesellschaft handelt, und das für ausländische Versicherungsgesellschaften bestehende Verbot, ohne Concession in Preußen Versicherungen abzuschließen, selbstredend nicht das Verbot umfaßt, daß preußische Staatsangehörige sich als Gesellschafter bei einer ausländischen Versicherungsgesellschaft betheiligen;

J. E., was sodann die Wirkung des Fallimentes des Appellanten Heiliger auf die ihm persönlich obliegende Verbindlichkeit betrifft:

Daß die Verbindlichkeit der Actionäre der Hammonia die weitern 90 Procent ihrer Actienzeichnung einzuzahlen, gemäß §. 8 des Statuts, nur für den Fall eintreten soll, daß der Geschäftsbetrieb weitere baare Einschüsse erforderlich mache und der Verwaltungsrath die dem Bedarf entsprechende Rate des Einschusses festsetze;

Daß dieses Ereigniß, von welchem die Verpflichtung abhängig gemacht wird, nicht bloß bezüglich der Zeit, wann, sondern auch bezüglich der Frage, ob es überhaupt eintreten werde, als ein völlig ungewisses sich darstellt und in dem bezogenen Paragraphen ausdrücklich als „ein nicht anzunehmender Fall" bezeichnet ist;

Daß daher der Verpflichtung durch jene Bestimmung nicht etwa bloß für ihre Einforderbarkeit an eine Zeitbestimmung sondern vielmehr für ihre rechtliche Existenz an eine Suspensiv-Bedingung geknüpft ist;

Digitized by Google

Daß daher, da zur Zeit des Fallimentes und des Concordates des Appellanten diese Bedingung noch nicht eingetreten, namentlich auch die Gesellschaft Hammonia damals noch nicht insolvent war, die noch nicht zur rechtlichen Existenz gekommene Verpflichtung des Appellanten zur Einzahlung der 90 Procent vom Concordat nicht berührt wurde und der concordatmäßigen Reduction nicht unterliegt;

Daß dieser Auffassung der Verpflichtung als einer bloß bedingten der §. 13 des Statuts keineswegs entgegensteht, indem derselbe im Falle der Insolvenz des Actionärs der Gesellschaft nicht das Recht gibt, die eventuelle Verpflichtung nun als eine durch die Insolvenz fällig gewordene sofort geltend zu machen, sondern nur ein Verfahren anordnet, um die Gesellschaft in Stand zu setzen, an die Stelle des insolvent gewordenen Actionärs für dessen eventuelle Verbindlichkeit einen solventen Schuldner zu erlangen;

Daß hiernach die vom Appellanten verlangte Reduction seiner Verbindlichkeit nicht einzutreten hat;

Aus diesen Gründen

verwirft der Rhein. Appell.-Ger.-Hof die gegen die Urtheile des Königl. Handelsgerichts zu Köln vom 23. Juni und 20. Dezember 1865 eingelegte Berufung u. s. w.

III. Senat. Sitzung vom 8. März 1867.

Advokaten: Compes — Esser I. junior.

Wechsel. — Durchstreichung von Unterschriften.

Die Durchstreichung der Unterschrift des Vordermannes auf einem Wechsel durch den Inhaber befreit den zwischen beiden stehenden Zwischenmann nicht, wenn dieser dadurch keinen Schaden leidet und der Inhaber sich seinen Regreß gegen ihn vorbehielt.

Wechselordnung Art. 4 Nro. 5. Art. 21, 36.

Blank — Pagenstecher.

Im Jahre 1864 war die Firma Weber und Comp. in Hamburg genöthigt, ihre Zahlungen einzustellen, es kam indessen nicht zum förmlichen Concurse, weil die Gläubiger,

Digitized by Google

nachdem ein Verwandter eine bedeutende Summe in die Masse eingeschossen, sich zu einem Arrangement verstanden, derart, daß sie eine Administration für das Vermögen bestellten, und mit der sich ergebenden Dividende sich begnügten, dagegen Weber von aller Verbindlichkeit entlasteten und dessen Namen auf den Wechseln löschten. Die Dividende hat nicht mehr als 40% ergeben. Blank, gleichfalls im Besitz mehrerer Wechsel gegen Weber, auf denen auch Pagenstecher und Comp. in Düsseldorf figurirte, hatte daraus eine Forderung von 51569 Mark banco, und schloß am 12. Dezember 1864 einen besondern Vertrag mit Weber, worin er im Allgemeinen jenem Arrangement beitrat, Weber gänzlich entlastete, und dessen Unterschrift auf den Wechseln löschte; er behielt sich jedoch seine Rechte gegen die übrigen Wechselverpflichteten ausdrücklich bevor, und empfing 50%.

Pagenstecher, der mit Weber in vielem Verkehr gestanden, fallirte bald nach Webers Zahlungseinstellung, und Blank machte nun hier jene Wechsel geltend zum Gesammtbetrage von 25042 Thlr. 7 Sgr.

Abgesehen von einem Wechsel, aus dem die Verpflichtung im Betrage von 1750 Thlr. anerkannt wurde, bestritt der Syndik die übrigen, hauptsächlich wegen der gelöschten Unterschriften des Weber.

Das Handelsgericht in Düsseldorf, indem es annahm, daß durch die Löschung der Indossamente, deren Reihenfolge unterbrochen und dadurch die Legitimation von Blank zerstört sei; daß durch die Löschung der Accepte Weber als Vormann von Pagenstecher nicht mehr verpflichtet und letzterer deshalb dadurch geschädigt und seiner Haftbarkeit gegen den Nachmann Blank entbunden sei, und daß der Aussteller einen so alterirten Wechsel nicht anzunehmen brauche, verwarf durch Urtheil vom 14. Juli 1865 die Ansprüche von Blank.

Dagegen Berufung. Von den streitigen Wechseln waren 16 gezogen von Pagenstecher auf Weber, von diesem acceptirt an die Ordre von Blank.

1 Wechsel von Nürnberg auf Haspelmath, eigene Ordre, indossirt von Nürnberg auf Weber, von diesem auf Pagenstecher, von diesem auf Blank.

3 Wechsel gezogen von Weber auf Günther und Müller mit deren Accepte, an eigene Ordre, indossirt von Weber auf Pagenstecher, von diesem auf Blank.

Digitized by Google

Die fremden Firmen auf den 4 letzten Wechseln kommen nicht weiter zur Sprache.

Auf sämmtlichen Wechseln waren die Unterschriften von Weber gelöscht. Im Uebrigen ergab die Correspondenz, daß fast alle von Weber acceptirten Wechsel dessen Accept erst erhalten hatten, nachdem sie von dem Aussteller Pagenstecher an Blank begeben waren, und daß Pagenstecher die Valuta der Wechsel von Blank erhalten hatte.

Appellatischer Seits wurde hauptsächlich geltend gemacht:

1) Die Durchstreichung des Accepts bewirke Tilgung des Wechsels gegen den, mit dessen Willen sie geschehe, denn indem er die Forderung gegen den Acceptanten selbst zerstöre, könne er kein Regreßrecht wegen Nichtbezahlung dieser Forderung mehr geltend machen, auch sei er nicht mehr in der Lage, seinen Vordermann in die Rechte gegen den Acceptanten einsetzen zu können;

2) Durchstreichung des Ausstellers vernichte den Wechsel, da ohne Aussteller ein Wechsel nicht existiren könne;

3) Durchstreichung des Indossaments vernichte deren Reihenfolge und somit die Legitimation des Inhabers; und in beiden Fällen werde ebenfalls durch die Durchstreichung der fernere Regreß an den durchstrichenen Vordermann benommen;

4) Die Frage, ob dem Appellaten ein Schaden erwachsen durch das Arrangement, sei hier bei der Wechselklage nicht zu untersuchen, sondern nur wenn das eigentliche Schuldverhältniß zwischen den Parteien zur Verhandlung stände, dem eine großartige Wechselreiterei zwischen allen dreien zu Grunde liege. Weber und Pagenstecher behaupteten gegenseitig Gläubiger von einander zu sein, und wenn ersteres der Fall, würde die ganze Forderung durch Aufrechnung eingegangen sein. Es bedürfe daher einer vollständigen Liquidation zwischen ihnen.

Der II. Senat des Appellationshofes erkannte jedoch durch sein Urtheil vom 27. Dezember 1866 reformatorisch wie folgt:

J. E., daß die der Klage zu Grunde liegenden Wechsel — abgesehen von den darauf befindlichen Durchstreichungen der Unterschrift Weber und Comp. — den klägerischen Anspruch zu rechtfertigen durchaus geeignet erscheinen, da die

Digitized by Google

Einrede des Appellaten, daß dieselben nur einen Theil einer gemeinschaftlichen Wechselreiterei bildeten und in Wahrheit eine Schuld gegen den Appellanten nicht bestehe, durch Vorlage einer genauen Rechnung und Artikulirung der erforderlichen Beweise zu substantiiren gewesen wäre, als bloße Behauptung aber von keinem Gewicht sein kann;

Daß auch die theilweise Zahlung dieser Wechsel durch Weber und Comp. deren Geltendmachung zum vollen Betrag nach Maßgabe des Art. 534 des Code de commerce nicht im Wege stehe;

J. E., was die Löschung des Accepts auf den 16 von Pagenstecher auf Weber gezogenen Wechseln betrifft, daß abgesehen davon, daß die meisten unbestritten ohne Accept von Pagenstecher an den Appellanten übergeben wurden, das Accept kein wesentlicher und nothwendiger Theil des Wechsels ist, und die Löschung desselben, weil es nach Art. 21 der Wechsel-Ordnung nicht zurückgenommen werden kann, für sich allein von keiner Folge sein kann;

Daß aber, wenn nach den besondern Umständen des Falles dennoch eine Präjudiz für die übrigen Wechsel-Interessenten daraus entsteht, auch lediglich darnach die Folgen der Durchstreichung zu beurtheilen sind;

J. E., daß untergebens Weber und Comp. in Hamburg im September 1864 ihren Verbindlichkeiten nicht mehr genügen konnten, weshalb ohne Eröffnung eines förmlichen Concurses eine Administration ihres Vermögens eingeleitet wurde zur Vertheilung unter die Gläubiger, welche unter nöthiger Liberirung von Weber und Comp. sich mit den sich ergebenden Dividenden begnügten, die unbestritten wenigstens nicht mehr als 40% ergaben, nachdem die Masse durch einen Zuschuß von Weber junior erheblich erhöht war;

Daß Appellant als Gläubiger aus den fraglichen Wechseln diesem Arrangement beitrat, indem er sich jedoch 50% ausbedang und erhielt, wogegen er der Firma Weber vollständig quittirte und sich verpflichtete, die Wechsel zur Tilgung der darauf befindlichen Giros oder Accepte vorzulegen, welches auch geschah, und wobei er sich jedoch seine Rechte gegen die übrigen Wechselverpflichteten ausdrücklich vorbehielt;

Daß der Appellant als der berechtigte Inhaber der Wechsel über dieselben vollständig disponiren und daher auch

Digitized by Google

Weber und Comp. vollständig liberiren konnte, und die mit seiner ausdrücklichen Einwilligung erfolgte Löschung der Unterschrift von Weber und Comp. nur diese Bedeutung haben konnte und haben sollte;

Daß, da er sich seine Rechte gegen die Mitverpflichteten vorbehielt, jene Löschung des Accepts und Liberirung von Weber und Comp. nicht schon an und für sich der Geltendmachung dieser Rechte entgegenstand;

Daß aber allerdings dann weitere Wechselverpflichtete, wenn sie zahlten, nicht mehr in der Lage waren, ihren Regreß gegen den letzten und Hauptschuldner, den Acceptanten zu nehmen, und daher mit Recht ihrerseits Zahlung verweigern können, sofern ihnen durch den Verlust dieses Rechts ein Nachtheil erwachsen ist;

I. E., daß der Acceptant die Wechselsumme nur einmal schuldet, und der Inhaber, wie jeder andere Gläubiger, bei einem Falliment daher auch nur Anspruch auf die verhältnißmäßige Dividende machen kann, durch deren Zahlung, im Fall eines gerichtlichen Concordats, die Verpflichtung des Schuldners aus dem Wechsel gänzlich getilgt wird, ein Grundsatz, der wesentlich auf der Unterstellung beruht, daß das Concordat im gemeinschaftlichen Interesse sämmtlicher Gläubiger lag, und ihnen dadurch soviel oder mehr gewährt wurde, als sie sonst möglicher Weise aus der insolventen Masse erzielen konnten;

I. E., daß nun im vorliegenden Fall außergerichtlich mit Zustimmung der Gläubiger ein Concordat, welches wenigstens nicht mehr als 40% gewährte, zu Stande kam, und eben hierin ein genügender Anhaltspunkt dafür liegt, daß in der That ein solches Arrangement das Interesse der Gläubiger wahrte, daß der Vergleich des Appellanten und sein Beitritt zu diesem Arrangement, da er selbst 50% erhielt, daher um so mehr als vortheilhaft erscheinen muß, und auch nicht behauptet wird, daß etwa aus der Masse von Weber und Comp. eine größere Dividende zu erreichen gewesen wäre;

Daß hiernach durch diesen Vergleich von dem Hauptschuldner und Acceptanten Weber in der That soviel zur Tilgung der Wechselschuld erreicht wurde, wie irgend zu erreichen war, und unzweifelhaft mehr als bei einem förmlichen Concurse erreicht worden wäre;

Digitized by Google

Daß aber dann nur angenommen werden kann, daß der Abschluß dieses Vergleichs nicht bloß dem dermaligen Wechsel-Inhaber, sondern überhaupt allen vortheilhaft war, welche event. aus dem Wechsel Ansprüche gegen Weber und Comp. formiren konnten, und daß, wenn ihnen dadurch der Regreß gegen Weber und Comp. abgeschnitten wurde, dies in der That kein Nachtheil für sie war, und daß noch weniger einzusehen ist, wie in einem solchen Arrangement und der jetzigen Geltendmachung der Wechsel gegen andere Mitverpflichtete ein solches Verfahren gefunden werden könnte;

Daß wenn hiernach die Durchstreichung des Accepts von Weber und Comp. für die übrigen Verpflichteten, und insbesondere für den Appellaten als Aussteller von keinem Nachtheil war, darin auch kein Grund mehr für ihn liegen kann, den Anspruch des Appellanten gegen ihn als Aussteller zu bestreiten;

J. E., daß die Löschung des Indossaments von Weber auf Pagenstecher auf 4 fernern Wechseln die Legitimation des Appellanten, die sich auf das weitere Giro von Pagenstecher auf Blank stützt, nicht alteriren kann, dies vielmehr nur dann nach Art. 36 der Wechsel-Ordnung der Fall sein könnte, wenn auf den Vormann Weber zurückgegangen werden sollte;

Daß aber dieser Verlust des Regresses gegen Weber, wie eben ausgeführt, den Appellaten nicht von seiner Verbindlichkeit befreit;

J. E. daß, wenn auf 3 von diesen Wechseln der durchstrichene Name Weber und Comp. zugleich als Aussteller vorkommt, und Appellat sich auf die Vorschrift Art. 4 Nro. 5 der Wechsel-Ordnung beruft, wonach zu einem Wechsel nothwendig ein Aussteller gehört, es allerdings zwar richtig ist, daß ohne das wenigstens formelle Vorhandensein eines Ausstellers eine Wechselverbindlichkeit nicht entstehen kann;

Daß aber daraus nicht folgt, daß durch ein späteres Ausscheiden des Ausstellers auch nothwendig schon der einmal gültig entstandene Wechselnexus auch unter den übrigen Verpflichteten aufgehoben werde, diese Frage vielmehr nach den Umständen des Falles zu beurtheilen ist, und in dieser Beziehung untergebens feststeht, daß Appellant bei Entlastung des Ausstellers seine Rechte gegen die Uebrigen sich vorbehalten hat, so daß der dadurch diesen, also namentlich auch

Digitized by Google

dem Appellanten entstandene Nachtheil wiederum auf den Verlust des Regreßrechts gegen Weber sich reduzirt, und ein weiterer nicht behauptet ist;

J. E., daß hiernach die Forderung des Appellanten, auch mit den streitigen Wechseln zum Passivstatus des appellatischen Falliments zugelassen zu werden, begründet erscheint, wobei sich von selbst versteht, daß die wirkliche Auszahlung von Dividenden nur bis zum Betrage von höchstens 50% zu erfolgen hat, da Appellant durch das Arrangement mit Weber und Comp. bereits 50% erhalten hat, wie denn ein mehreres von ihm auch nicht verlangt wird;

Aus diesen Gründen

erkennt der Rhein. Appell.-Ger.-Hof unter Reformation des Urtheils des Handelsgerichts zu Düsseldorf vom 14. Juli 1865, daß Appellant Blank nicht bloß mit dem Betrage von 1750 Thlr. zum Passivstatus des appellatischen Falliments zuzulassen, sondern mit einem Betrag von 25042 Thlr. 7 Sgr., beurkundet demselben, daß er bei den aus dieser Masse zu beziehenden Dividenden sich die von Weber und Comp. erhaltenen Zahlungen von 50% in dem Sinne anrechnen läßt, daß er eine weitere Zahlung als bis zur Höhe der ganzen Forderung nach Abzug der erhaltenen 50% nicht beansprucht, legt dem Appellaten die Kosten beider Instanzen zur Last und verordnet die Rückgabe der Succumbenzstrafe.

II. Senat. Sitzung vom 27. Dezember 1866.

Advokaten: Widenmann — Herbertz.

Contocorrent. — Imputation.

Das Contocorrent-Verhältniß zwischen Kaufleuten bildet ein untheilbares Ganzes, so daß, wenn ein Socius aus einer Handels-Gesellschaft ausscheidet, und im Augenblick des Ausscheidens die Gesellschaft Schuldner eines Banquiers war, der ausgeschiedene Socius, wenn das Verhältniß zwischen Gläubiger und Gesellschaft fortgesetzt wird und mit einem niedrigern Saldo zu Lasten der Gesellschaft endigt, für diesen letztern solidarisch haftet und die nach seinem

Digitized by Google

Ausscheiden von der Gesellschaft gemachten Zahlungen nicht nach den Regeln einer civilrechtlichen Imputation zunächst auf den frühern Saldo in Anrechnung bringen kann, diese Zahlungen sind vielmehr nur als Factoren des im schließlichen Saldo sich darstellenden Gesammtergebnisses des ganzen Conto's aufzufassen.

Wolf — Dahl.

III. Senat. Sitzung vom 16. Mai 1866.

Advokaten: Herbertz — Esser I.

Rheinzoll-Sache. — Competenz des Rheinzollgerichts.

Hat der Kapitain einer Dampfschleppschifffahrts-Gesellschaft durch eine fahrlässige Führung auf dem Rhein den Zusammenstoß zweier von ihm geschleppten Kähne veranlaßt, so gehört die Klage des Beschädigten auf Schadenersatz gegen den Führer und Eigenthümer des andern Kahns insofern auch diesem Führer eine Fahrlässigkeit zur Last fällt, vor das Rheinzollgericht, die Klage gegen den Kapitain des Schleppers und die civilrechtlich verantwortliche Gesellschaft vor die ordentlichen Gerichte, da nach §. 81 der Convention der Rheinuferstaaten vom 31. März 1831 den Rheinzollgerichten im Interesse des Verkehrs auf dem Rhein nur Streitigkeiten aus Beschädigungen Dritter während der Fahrt, nicht contraktliche Ansprüche überwiesen sind und der vom Kapitain im Auftrage und Namen der Schleppschifffahrts-Gesellschaft geleitete Transport gegenüber dem Beschädigten eine contraktliche Leistung darstellt und der Schaden nicht durch ein von dem Vertragsverhältniß unabhängiges Handeln herbeigeführt worden ist, während der Eigenthümer des beschädigten Kahns zu dem Führer und Eigenthümer des andern Schleppkahns in keinem contraktlichen Verhältniß steht.

Digitized by Google

Klein – Stüber, Ruhrorter Schleppschifffahrts-Gesellschaft, Komp, Hannesen.

III. Senat. Sitzung vom 19. Oktober 1866.

Advokaten: Lautz, Herbertz, Esser I.

Vindication. — Accitation. — Berufung. — Rechtskraft.

Sind in einem Vindications-Prozesse zwischen dem Kläger und der vom Beklagten accitirten garantiepflichtigen Partei direct Anträge gewechselt und das die Klage abweisende Urtheil dem Accitaten gegenüber durch Versäumniß der Berufungsfrist rechtskräftig geworden, so muß wegen Untheilbarkeit der Interessen, auch die gegen den Hauptbeklagten rechtzeitig eingelegte Berufung zurückgewiesen werden.

Justen — Gemeinde Garzweiler.

III. Senat. Sitzung vom 16. Januar 1867.

Advokaten: Wallraf — Herbertz — Nacken.

Falliment. — Rückdatirung. — Concordat.

Der von einem admittirten Gläubiger auf Rückdatirung der Zahlungseinstellung gegen den Syndik angestrengte Prozeß kann zwar nach eingetretenem Concordat gegen den Falliten fortgesetzt werden, wird jedoch gegenstandslos, wenn der Kläger durch Versäumniß der im Art. 523 des rhein. H.-G.-B. gegebenen Frist nicht mehr in der Lage ist, das abgeschlossene Concordat anzufechten.

Löwenstein — Bruch.

III. Senat. Sitzung vom 6. Februar 1867.

Advokaten: Wallraf — Nacken.

Digitized by Google

Digitized by Google

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums und des Advokatenstandes beim Rheinischen Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Sechszigster Band.

Zweite Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1866.

Digitized by Google

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums und des Advokatenstandes beim Rheinischen Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Neue Folge.
Dreiundfünfzigster Band.

Zweite Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1866.

Digitized by Google

Digitized by Google

Zweite Abtheilung

A.

Rechtsentscheidungen des Königl. Ober-Tribunals.

Digitized by Google

Kauf- und Tausch-Verhandlungen bei Erbtheilungen. — Stempelpflichtigkeit.

Der Vertrag, durch welchen ein Miterbe, welchem ein bestimmtes zur Erbschaft gehöriges Grundstück zum ausschließlichen Besitz überwiesen worden ist, seinen Miterben zur Ausgleichung das Eigenthum eines andern zum Nachlasse nicht gehörigen Grundstückes tauschweise überträgt, gehört zur Kategorie derjenigen Verträge, welchen durch die Allerh. Cab.-Ordre vom 21. Juni 1844 Stempelfreiheit gewährt worden ist.

Kesseler — Provinzial-Steuer-Direction.

Das vom Rhein. Appell.-Ger.-Hofe am 29. November 1824 erlassene, im Rhein. Archiv Bd. 52, 1, 32 mitgetheilte Urtheil hat von Kesseler durch Cassationsrekurs angegriffen, der auf Verletzung der Allerh. Cab.-Ordre vom 21. Juni 1844, Gesetz-Sammlung Seite 253, und unrichtige Anwendung des §. 5, Lit. e des Stempelgesetzes, sowie der Tarifpositionen „Tauschverträge und Kaufverträge" gegründet wird.

Es wird ausgeführt:

Die Allerh. Cabinets-Ordre umfasse ohne Unterschied Tauschverhandlungen, welche zwischen den Theilnehmern an einer Erbschaft zum Zwecke der Theilung der zu letzterer gehörigen Gegenstände abgeschlossen werden.

Es komme nach der Cabinets-Ordre nur auf den Zweck des Tauschvertrages an, nicht auf den Gegenstand der zur Aufhebung der Gemeinschaft gegeben werde.

Zweck des Vertrages sei nicht die Veräußerung der nicht zum Nachlasse gehörigen Parcellen gewesen, sondern der ungetheilte Erwerb eines Nachlaßobjektes.

Cassationsverklagte macht dawider den historischen Zusammenhang der Allerh. Cabinets-Ordre mit §. 10 des Stempelgesetzes und der früheren Allerh. Cabinets-Ordre vom 24. Dezember 1834 (Gesetz-Sammlung 1835, Seite 3) geltend.

Der §. 10 des Stempelgesetzes habe von dem Werthstempel nur Kauf- und Tauschverhandlungen über Erbschaftsobjekte während der Auseinandersetzung befreit. Nach der Cabinets-Ordre vom 24. Dezember 1834 habe jeder Erbe für die ihm aus dem Nachlasse zum Alleineigenthum überwiesenen Gegenstände den Kaufwerthstempel zu entrichten gehabt. Die Allerh. Cabinets-Ordre vom 21. Juni 1844 habe nur die Härte mildern wollen, daß zur gemeinschaftlichen Erbmasse gehörige Grundstücke mit einem Kaufstempel belegt würden; die Uebertragung eines Alleineigenthums an den Miterben habe nicht befreit werden sollen.

Digitized by Google

Durch die Theilung erhalte jeder Miterbe aus der Masse nur so viel an Werth, als er in derselben in Form der communio schon hatte. Durch das Hingeben eigener nicht zu der Gemeinschaft gehöriger Sachen werde dagegen das bisherige Recht an der Communion selbst erweitert.

Ueberdies könne die Allerh. Cabinets-Ordre nur Anwendung finden, wenn durch das betreffende Rechtsgeschäft die Theilung der Erbschaft in der That auch bewirkt werde. Im vorliegenden Falle dagegen constire nur, daß von Halberg ein Achtel an dem Gute zugestanden habe, nicht, daß keine andern Erbschaftsobjekte vorhanden seien. Daher lasse sich aus dem Vertrage nicht beurtheilen, ob die Auseinandersetzung selbst zwischen den beiden Contrahenten an der Erbschaft durch jenen Akt zu Stande gekommen sei. Cassationskläger beantragt Vernichtung des angegriffenen Erkenntnisses und Verwerfung der Berufung wider das Erkenntniß erster Instanz, Cassationsbeklagte Verwerfung des Recurses.

In der heutigen öffentlichen Sitzung erstattete der Geh. Ober-Tribunals-Rath von Daniels den Vortrag;

Der Rechtsanwalt Mecke und der Justizrath Bussenius entwickelten ihre Gründe, Ersterer zur Unterstützung, Letzterer zur Entkräftung des Cassationsgesuches;

Der Ober-Staatsanwalt Oppenhoff wurde in seinem Antrage gehört und nach vorheriger Berathung verkündigt folgendes

Urtheil:

J. E., daß nach den beiden ersten Bestimmungen des §. 10 des Stempelgesetzes vom 7. März 1822 ein Erbe, welcher bei der Auseinandersetzung, durch Kauf- und Tauschverhandlungen mit den Theilnehmern an der Erbschaft, Erbschaftsgegenstände erwirbt, so weit die Gegenleistung den ganzen Betrag seines Erbantheils nicht übersteigt, frei von der Kauf- und Tauschstempelabgabe blieb und diese Abgabe nur hinsichtlich dessen zu entrichten hatte, was er über den Betrag seines Erbtheils aus seinem übrigen Vermögen an Geld beim Kauf, an anderen Sachen beim Tausch, aufwendete, um Erbschaftsgegenstände als Alleineigenthum zu erwerben;

Daß die Allerh. Cabinets-Ordre vom 24. Dezember 1834 aber den §. 10 des Stempelgesetzes aufhob und dagegen den Grundsatz sanktionirte, daß der Erbe, welcher einen Gegenstand der Erbschaft bei der Auseinandersetzung als Alleineigenthum erwirbt, den Kauf- und Tauschstempel von den aliquoten Antheilen der Miterben daran, die er durch die Erwerbung des ganzen Gegenstandes als Eigenthum bekömmt, zu entrichten verpflichtet sei, worin von selbst auch ausgesprochen wurde, daß diese Abgabe von dem Erben auch hinsichtlich dessen zu entrichten sei, was er an Geld oder Sachen aus seinem übrigen Vermögen aufwende, um bei der Auseinandersetzung einen Erbschaftsgegenstand durch Kauf oder Tausch allein zu erwerben;

Daß wenn nun hierauf die Allerh. Cabinets-Ordre vom 21. Juni 1844 mit Aufhebung der Ordre vom 24. Dezember 1834 ohne Herstellung des §. 10 des Stempelgesetzes, zur Erleichterung der Erbschaftstheilungen bestimmte:

daß Kauf- und Tauschverhandlungen, welche zwischen den Theilnehmern an einer Erbschaft zum Zwecke der Theilung der zu letzterer gehörigen

Digitized by Google

Gegenstände abgeschlossen werden, einer Stempelabgabe fortan nicht mehr unterliegen sollen

aus dem Zusammenhange aller erwähnten Bestimmungen bei der Allgemeinheit der Fassung der Cabinets-Ordre von 1844 und dem Zweck der Erleichterung der Erbtheilungen auch diejenigen Fälle, als durch sie mit getroffen betrachtet werden müssen, in welchen zum Zweck der Auseinandersetzung zwischen Theilnehmern an der Erbschaft, Sachen aus dieser von einem Erben gegen Zahlung einer Geldsumme oder gegen Hingabe von Sachen aus seinem übrigen Vermögen durch Kauf oder Tausch erworben werden, so daß ein derartiges Geschäft von der diesfälligen Stempelabgabe frei ist;

J. E., daß die Ansicht auf welcher das angefochtene Urtheil beruht, nach welcher

zwar bei der Hergabe von Geld aus dem übrigen Vermögen des Erben zur Erhebung des Erbschaftsgegenstandes bei der Theilung die Befreiung von Kaufstempel eintreten soll, nicht aber, wenn Grundstücke, die zur Erbschaft nicht gehören, dem Miterben zur Erbauseinandersetzung in Tausch gegeben werden,

in der Allerh. Cabinets-Ordre von 1844 keine Andeutung oder Unterstützung findet, da dieselbe Tausch- und Kaufverträge in vorliegender Beziehung gleichstellt und mithin nicht blos Kaufverträge, bei welchen aus dem übrigen Vermögen der Erbe den Preis bezahlen muß, sondern auch Tauschverträge, bei welchen die Gegenleistung in Grundstücke aus dem Vermögen des Erwerbers zu geben ist, von der Kauf- und Tauschstempelabgabe befreit, indem der Umstand, daß bei dergleichen Tauschverträgen eine selbstständige Veräußerung von zur Erbschaft nicht gehörigen Immobilien eintritt, kein entscheidendes Moment sein kann, da eine selbstständige Veräußerung von Immobilien in solchen Fällen eben nicht vorliegt, sie eben nur im Zusammenhange mit dem Zwecke der Erbauseinandersetzung in Betracht kommt und in diesem Zusammenhange von der Allerh. Cabinets-Ordre umfaßt wird;

J. E., daß die Allerh. Cabinets-Ordre von 1844 auch die von den Cassationsverklagten behauptete Beschränkung nicht enthält, daß durch den Vertrag die Theilung der Erbschaft in Ansehung aller Theile und unter allen betheiligten Personen bewirkt sein müsse, damit die Befreiung eintreten könne, indem das Gesetz nur von Theilung der zur Erbschaft gehörigen Gegenstände spricht;

Daß der Appell.-Ger.-Hof hiernach, indem er die Allerh. Cabinets-Ordre vom 21. Juni 1844 auf den vorliegenden Tauschvertrag für unanwendbar erklärte, dieselbe verletzte und zugleich die Tarifpositionen des Stempelgesetzes „Tauschverträge und Kaufverträge über inländische Grundstücke", sowie den §. 5. Lit. e. des Stempelgesetzes vom 7. März 1822 unrichtig zur Anwendung gebracht hat;

Aus diesen Gründen

cassirt das Königl. Ober-Tribunal, V. Civil-Senat, Rhein. Senat, das Urtheil des Königl. Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 29. November 1864.

Sitzung vom 5. Dezember 1865.

Ref.: H. G. O. Tr.-R. von Daniels — Concl.: H. O. St.-A. Oppenhoff.

Advokaten: Mecke — Bussenius.

Digitized by Google

Bezeichnung von Waaren mit dem Fabrikzeichen eines anderen Gewerbtreibenden. — Anwendbarkeit des allgemeinen Strafgesetzbuchs.

Die Strafbestimmungen des Gesetzes vom 4. Juli 1840 auf welche das Gesetz vom 18. August 1847 über die Bezeichnung von Waaren mit fremdem Fabrikzeichen, Bezug nimmt, sind durch Art. III. des Einführungsgesetzes zum allgemeinen Strafgesetzbuch aufgehoben und durch §. 265 des Str.=G.=B. ersetzt.

Oeffentl. Ministerium — Vitte.

Die Zuchtpolizeikammer des Königl. Landgerichts zu Elberfeld hat in ihrer Sitzung vom 5. August 1865 den Kaufmann Wilhelm Vitte in Remscheid für überführt erklärt: im Mai 1865 zu Remscheid mehrere hundert Pfund Stahl mit dem in der Zeichenrolle des Gewerbegerichts zu Remscheid eingetragenen Fabrikzeichen der Handlung Christoph Vorberg und Söhne bezeichnet zu haben, und ihn dieserhalb auf Grund des §. 1 des Gesetzes vom 4. Juli 1840, des §. 12 des Gesetzes vom 18. August 1847 und des § 1 des Gesetzes vom 24. April 1854 und des Artikels 494 der Straf=Prozeß=Ordnung, zu einer Geldbuße von 10 Thalern oder im Unvermögensfalle zu einer Gefängnißstrafe von 4 Tagen, und in die Kosten verurtheilt. Die von dem öffentlichen Ministerium gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung ist durch Urtheil der correctionellen Kammer desselben Königl. Landgerichts vom 30. August 1865 verworfen worden.

In E., „daß die vom ersten Richter unterstellte Thathandlung, daß der Appellat mehre hundert Pfund Stahl mit dem in der Zeichenrolle des Gewerbegerichts zu Remscheid eingetragenen Fabrikzeichen der Handlung Christoph Vorberg und Söhne bezeichnet habe, auch heute nicht angegriffen wird; — daß diese Handlung in dem jetzt geltenden Strafgesetzbuche nicht vorgesehen ist; — daß vielmehr nur das Gesetz vom 18. August 1847 §. 12, dieselbe mit Strafe bedroht; daß es die Strafe selbst aber nicht bestimmt, sondern sich auf die in dem Gesetze vom 4. Juli 1840 vorgesehene und für eine ähnliche, heute in dem §. 269 des Str.=G.=B. vorgesehene, strafbaren Eigennutz in sich schließender Handlung angeordnete Strafe bezieht; — daß hieraus aber um so weniger folgt, daß heute die Strafe des §. 269 des Str.=G.=B. auf das in dem Gesetze vom 18. August 1847, §. 12 vorgesehene Vergehen Anwendung finden muß, als die Bezugnahme dieses letzten Gesetzes nicht auf ein zu seiner Zeit im Allgemeinen geltendes und durch das jetzige Strafgesetzbuch ersetztes Strafgesetz, sondern auf ein Spezialgesetz gerichtet ist, mithin durch das neue Gesetzbuch in dieser Beziehung ebensowenig berührt wird, als wenn in dem §. 12 des Gesetzes vom 18. August 1847 sich wörtlich die nämliche Strafe eingerückt fände, welche in dem Gesetz vom 4. Juli 1840 vorgezeichnet steht: — daß überdem das vorliegende Vergehen nach seinem Umfange nur zu den geringfügigeren seiner Art gehört."

Das öffentliche Ministerium hat ebenfalls noch am 30. August 1865 gegen dieses Appellationsurtheil den Cassations=Recurs angemeldet und

Digitized by Google

unter dem 12. October 1865 dem Vitte insinuiren lassen. Zur Rechtfertigung des Recurses wird von dem Ober-Prokurator zu Elberfeld in dessen Einsendungsbericht vom 5. November 1865 geltend gemacht:

Das Gesetz vom 4. Juli 1840 bedroht zunächst denjenigen mit Strafe, welcher Waaren oder deren Verpackung fälschlich mit dem Namen oder der Firma und mit dem Wohn- oder Fabrikorte eines inländischen Fabrikunternehmers ꝛc. bezeichnet.

Das Gesetz vom 18. August 1847 erweitert für den Umfang der Provinz Westphalen und der Rheinprovinz das vorige Gesetz, indem es im §. 12 gegen denjenigen Gewerbtreibenden Strafe verhängt, welcher Waaren oder deren Verpackung mit dem in eine Zeichenrolle eingetragene Fabrikzeichen eines andern Gewerbtreibenden bezeichnet. In Betreff des Strafmaaßes aber nimmt dieses Gesetz auf die im Gesetze vom 4. Juli 1840 angeordneten Strafen Bezug. Offenbar ist der Gesetzgeber hierbei von der Ansicht ausgegangen, daß beide Fälle, nämlich der im Gesetze vom 4. Juli 1840 und der im Gesetze vom 18. August 1847 vorgesehene, — wie auch in der Natur der Sache liegt — derselben Strafe unterliegen sollten.

Das neue Strafgesetzbuch hat nun in dem §. 269 den Thatbestand des §. 1 des Gesetzes vom 4. Juli 1840 wörtlich aufgenommen, dagegen das Strafmaaß anders bestimmt. Diese neue Strafbestimmung ist daher gemäß Artikel II. des Einführungsgesetzes an die Stelle des dieselbe Materie betreffenden Gesetzes vom 4. Juli 1840 getreten. Daraus folgt aber nothwendig, daß jetzt unter den im §. 12 l. c. für anwendbar erklärten Strafbestimmungen nicht mehr die des Gesetzes vom 4. Juli 1840, sondern die des §. 269 des Str.-G.-B. zu verstehen sind. Sowenig es hiernach einer besondern Bestimmung hierüber bedurfte, so wenig erscheint es auffallend, daß das Gesetz vom 24. April 1854, durch welches nur eine Erweiterung des Gesetzes vom 18. August 1847 in materieller Beziehung bezweckt worden ist, diese Frage nicht berührt.

Der Cassationsrecurs wird auf eine Verletzung des §. 12 des Gesetzes vom 18. August 1847 und des §. 269 des Str.-G.-B. gegründet.

Auf den Vortrag des Herrn Geh. Ober-Tribunals-Rathes Bloemer und den Antrag des Herrn Ober-Staatsanwaltes Oppenhoff:

I. E., daß die Strafbestimmung des §. 1 des Gesetzes vom 4. Juli 1840 in wörtlicher Uebereinstimmung dieselbe Materie, nämlich die fälschliche Bezeichnung von Waaren und Waarenverpackungen mit dem Namen oder der Firma und mit dem Wohnort oder Fabrikort eines andern inländischen Fabrikunternehmers, Produzenten oder Kaufmanns, betrifft, auf welche sich das gegenwärtige Strafgesetzbuch im §. 269 bezieht, daher in Gemäßheit des Art. II. des Einführungsgesetzes durch diesen §. 269 außer Wirksamkeit gesetzt ist;

Daß das in dem Gesetze vom 18. August 1847 vorgesehene spezielle Vergehen des fälschlichen Gebrauchs von Fabrikzeichen nach §. 12 dieses Gesetzes unter die durch das Gesetz vom 4. Juni 1840 angedrohten Strafen gestellt ist; daß aber nach der umfassenden Vorschrift des Art. III. des Einführungsgesetzes überall da „wo in irgend einem Gesetze auf Bestimmungen des bisherigen, d. i. des bis zum 14. April 1851 bestandenen,

Digitized by Google

früheren, Strafrechts verwiesen wird, die Vorschriften des gegenwärtigen Strafrechts an deren Stelle treten sollen", sohin die Strafe des in dem Gesetze vom 18. August 1847 vorgesehenen Vergehens nicht mehr in der außer Wirksamkeit gesetzten Strafbestimmung des §. 1 des Gesetzes vom 4. Juli 1840, sondern nur noch in dem §. 269 des Str.=G.=B. selbst zu finden ist;

Daß das angegriffene Urtheil daher, indem es, Statt diesen letztern Paragraphen und diesen allein auf den strafrechtlichen Thatbestand des Gesetzes vom 18. August 1847 anzuwenden, den ersteren Paragraphen anwandte, das Gesetz durch Nichtanwendung der allein noch bestehenden strafrechtlichen Bestimmung des §. 269 und durch Anwendung einer, in Rechtswirksamkeit nicht mehr bestehenden früheren gesetzlichen Bestimmung verletzt hat, daher der Cassation verfällt;

Aus diesen Gründen

cassirt das Königliche Ober=Tribunal, Senat für Strafsachen, Abtheilung II., das Urtheil der correctionellen Appellationskammer des Königl. Landgerichts zu Elberfeld vom 30. August v. J.

Sitzung vom 1. Februar 1866.

Ref.: H. G. O.=Tr.=R. Bloemer.

Concl.: H. O.=St.=A. Oppenhoff.

Fenstergerechtigkeit. — Verjährung. — Churkölnische Bauordnung.

Fenster, welche in einer das Nachbar=Eigenthum berührenden, nicht gemeinschaftlichen Mauer angebracht sind, können von dem Nachbar ohne Rücksicht auf die Länge der Zeit, während welcher sie bestehen, auch dann verbaut werden, wenn dieselben den Vorschriften der Art. 676 und 677 des B.=G.=B. nicht entsprechend eingerichtet waren.*)

Dieser Grundsatz gilt im Allgemeinen auch bei Fenstern welche vor Einführung des B.=G.=B. in Köln bestanden haben.

Scholt — Bettger.

In dem westlichen Giebel des Hauses: große Budengasse Nro. 2 zu Köln befinden sich mehrere nach dem darneben gelegenen Platze (Nro. 2 B.) ausgehende Fenster.

Diesen Platz erwarb im Jahre 1858 der Kaufmann Gustav Bettger und errichtete demnächst auf demselben einen Neubau, durch dessen Bedachung zwei Fenster des Hauses Budengasse Nro. 2 verdunkelt werden.

Der Besitzer dieses Hauses, der Bierbrauer Johann Adam Becker, erhob hierauf Klage mit dem Antrage, zu erkennen:

daß dem in der großen Budengasse sub Nro. 2. zu Köln belegenen Hause das Recht zustehe, durch die in seinem westlichen Seitengiebel belegenen Fenster, welche nach dem zwischen diesem Hause

*) In gleichem Sinne entschied der Appell.=Ger.=Hof II. Senat in der Sache From — Kohlhaas in der Sitzung vom 5. April 1866.

Digitized by Google

und dem Hause große Budengasse Nro. 2B belegenen Platze ausgehen, Luft, Licht und Aussicht zu gewinnen; daß Verklagter daher nicht berechtigt sei, durch den auf diesem Platze dicht gegen die fraglichen Fenster errichteten Aufbau denselben Luft, Licht und Aussicht zu benehmen, vielmehr verpflichtet sei, mit seinen baulichen Anlagen nach allen Richtungen sechs Fuß oder doch wenigstens drei Fuß von diesen Fenstern entfernt zu bleiben; demgemäß den Verklagten zu verurtheilen, den auf dem vorgedachten Platze errichteten Neubau, insoweit derselbe zum Nachtheil der Berechtigung des klägerischen Hauses aufgeführt ist, binnen einer zu bestimmenden Frist niederzulegen und den Kläger zu ermächtigen, nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist den Neubau selbst auf Kosten des Verklagten beseitigen zu lassen, zugleich den Verklagten in einen näher zu liquidirenden Schadensersatz zu verurtheilen.

Gestützt wurden diese Anträge darauf, daß das klägerische Haus durch jene Fenster Luft, Licht und Aussicht gewinne; daß die Fenster, welche sich in der dem Kläger ausschließlich gehörigen Giebelmauer seines Hauses befänden, sich namentlich als Aussichtsfenster darstellten, indem sie, in Traillen stehend, zum Oeffnen eingerichtet und niedrig über dem Fußboden angelegt seien, daß sie die Aussicht auf das beklagtische Grundstück gewährten; daß das Recht zur ungeschmälerten Beibehaltung derselben und Innehaltung eines Abstandes von 6 Fuß schon durch dreißigjährigen Besitz während der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches usucapirt sei; daß aber auch die Fenster schon seit unvordenklichen Zeiten und seit mehr als 30 Jahren vor Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches bestanden hätten; daß eventuell also das vorliegende Rechtsverhältniß nach dem älteren Rechte zu beurtheilen sei, darnach aber der Kläger jedenfalls berechtigt sei, zu verlangen, daß Beklagter mit seinem Bau 3 Fuß von der Giebelmauer des Klägers zurückbleiben müsse. In der alten freien Stadt Köln habe nämlich in Bausachen und namentlich in Bezug auf Fensterrecht nicht das Römische Recht, wornach jeder in seiner eigenen Mauer beliebig habe Fenster machen können, gegolten. Das Anlegen von Fenstern in einer Grenzmauer sei vielmehr verboten gewesen, und habe nur auf Grund eines besonderen Titels erworben werden können. Dagegen hätten aber nach den stadtkölnischen Rechten, insbesondere nach der Bauordnung und nach Gewohnheitsrecht, Fenster von der hier in der Rede stehenden Art und Beschaffenheit schon kraft der bloßen Thatsache ihrer äußeren Errichtung einen Anspruch auf 3 Fuß Freiheit nach allen Seiten gegen das benachbarte Grundstück gehabt. Dieses unter der Herrschaft der früheren Gesetzgebung bereits erworbene Recht müsse dem Kläger mithin auch heute noch gewahrt bleiben.

Kläger, welcher sich überdem für die Existenz seines Fensterrechts noch auf eine Urkunde des Notars Zur-Hoven vom 28. Mai 1794, sowie darauf berufe, daß neben seiner Giebelmauer, worin sich die Fenster befinden, früher eine öffentliche Passage vorbeigeführt habe, erbot subsidiarisch den Beweis über die Thatsachen, welche theils nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, theils nach dem früheren Rechte die Klage rechtfertigen sollten. Insbesondere ist der Beweis des Bestehens der Fenster während der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches, eventuell auch während eines Zeitraumes von 10 resp. 30 Jahren vor Einführung desselben, und zugleich über den Inhalt und die Gültigkeit der Kölnischen Bauordnung, sowie

Digitized by Google

darüber erboten, daß die Fenster nach Maaßgabe der Bauordnung eingerichtet seien.

Der Verklagte bestritt, daß die Mauer, in welcher die Fenster sich befinden, ausschließlich zum Hause des Klägers gehöre. Er behauptete vielmehr deren Gemeinschaftlichkeit; bestritt die Relevanz der Urkunde vom 28. Mai 1794, sowie das Dasein von Aussichtsfenstern; stellte mit der Existenz des beanspruchten Rechts die Erwerbsfähigkeit desselben durch Verjährung nach Rheinischem Rechte in Abrede; verabredete ebenso die Existenz einer Kölner Bauordnung oder eines sonstigen, dem Kläger zur Seite stehenden Lokalrechts und verlangte die Zurückweisung der Klage. Subsidiarisch erbot er den Beweis der Gemeinschaftlichkeit der Mauer, und den Beweis darüber, daß durch die zeitweise Aufführung eines Lager- und Fabrikgebäudes die Fenster in der fraglichen Mauer verdeckt worden seien, wodurch die Verjährung eine Unterbrechung erlitten habe.

Auch ließ der Verklagte seine Autoren, die Eheleute Greven, zu seiner Vertretung beiladen, auf welche Garantieklage es indessen weiter nicht ankömmt.

Das Königl. Landgericht zu Köln ist auf die Frage, wie die Sache sich nach den älteren stadtkölnischen Rechten verhalten würde, nicht eingegangen, weil es den Anspruch des Klägers an sich nach Maaßgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für begründet erachtete. Nach seiner Ansicht gehören die Aussichtsfenster zu den continuirlichen und apparenten Servituten, welche nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche mit der Wirkung, daß der Nachbar die Benutzung dieser Fenster durch keine bauliche Anlage behindern dürfe, im Wege der Verjährung erworben werden können, und diese Verjährung auch bei Aussichtsfenstern, welche sich in einer gemeinschaftlichen Mauer befänden, nicht ausgeschlossen sei, weshalb sich auch die Frage nach der Gemeinschaftlichkeit oder Nichtgemeinschaftlichkeit der in Rede stehenden Mauer als unerheblich darstelle.

Mit Rücksicht hierauf hat denn das Landgericht in dem Interlokut vom 1. April 1862 den Kläger zum Beweise darüber zugelassen:

> daß die in der westlichen Giebelwand des Hauses des Klägers befindlichen Fenster bereits seit länger als 30 Jahren vor Errichtung des vom Verklagten wider denselben aufgeführten Neubaues in ihrer gegenwärtigen Beschaffenheit ungestört bestanden haben;
>
> daß dieselben insbesondere auch von jeher zum Oeffnen eingerichtet und so niedrig über den Fußböden angelegt waren, daß sie die Aussicht auf das jetzt dem Verklagten gehörige Grundstück gewährten.

Zugleich wurde der Verklagte neben dem ihm von Rechtswegen zustehenden Gegenbeweise durch Zeugen über das von ihm behauptete Factum zugelassen, durch welches er eine Unterbrechung der Verjährung darthun wollte.

Der Verklagte Bettger appellirte.

Er hielt die Abweisung der Klage ohne jede Beweisaufnahme für geboten, da nach Rheinischem Rechte das beanspruchte Recht durch Verjährung nicht erworben werden könne. Jedenfalls stehe auch die behauptete Gemeinschaftlichkeit der Mauer einem Erwerb des Rechts durch Verjährung entgegen, weshalb der desfallsige, bereits in erster Instanz erbotene Beweis wiederholt wurde.

Digitized by Google

Die Eheleute Scholt als Erben des inzwischen verstorbenen Klägers Becker suchten dagegen zunächst zu deduciren, daß der erste Richter mit Recht angenommen habe, daß nach Rheinischem Rechte das Recht auf Aussichtsfenster durch Verjährung erworben werden könne. Sie kommen dann aber eventuell auf das in erster Instanz behauptete, dem Römischen Rechte derogirende stadtkölnische Gewohnheitsrecht, und dabei insbesondere auf die Bauordnung und die dieserhalb erbotenen Beweise zurück, während Verklagter wiederholt die Existenz eines solchen Gewohnheitsrechtes und die Beweisfähigkeit der dafür angerufenen Urkunden, wie die Zulässigkeit der dieserhalb erbotenen anderweiten Beweise bestritt.

Durch Urtheil vom 25. Februar 1863 hat der Rheinische Appell.-G.-H., unter Reformation des ersten Urtheils, die durch Act vom 18. Dezember 1861 eingeleitete Klage als unbegründet abgewiesen und den Ehelcuten Scholt die Kosten beider Instanzen, soweit sie dem Appellanten Bettger gegenüber ergangen sind, zur Last gelegt.

Das Urtheil gründet sich zunächst auf die Ausführung, daß nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches auch die 30 jährige Existenz von Fenstern in einer unmittelbar an das Grundstück des Nachbars grenzenden Mauer, möchte auch die Anlage derselben eine von den gesetzlichen Beschränkungen abweichende sein, für den Besitzer das Recht, dem Nachbar zu untersagen, diesen Fenstern durch ein unmittelbar vor denselben zu errichtendes Gebäude das Licht zu benehmen, nicht begründe, folglich der in erster Instanz dem Kläger nachgelassene Beweis unerheblich sei. Sodann erachtete der Appellhof auch den Beweis, welchen der Kläger eventuell nach der Richtung erboten hatte, daß nach dem älteren stadtkölnischen Rechte auf Grund einer Bauordnung oder eines Gewohnheitsrechtes dem Eigenthümer der Fenster vor denselben 3 Fuß Freiheit zuständig seien, zur Berücksichtigung nicht geeignet, weil es den dieserhalb artikulirten Thatsachen an der erforderlichen Concludenz fehle.

Gegen das Appellationsurtheil haben die Eheleute Scholt den Cassationsrecurs rechtzeitig ergriffen und zustellen lassen.

Zur Begründung desselben werden zwei Cassationsmittel geltend gemacht, von welchen das erste sich auf die, auf die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches gestützte Entscheidung, das zweite sich auf den abgelehnten Beweis in Betreff des älteren Rechts bezieht.

I. Wird Verletzung der Artikel 675. 676. 677. 678. 688. 689. 690. 691 und 701 des B.-G.-B. behauptet.

Das Urtheil des Appellhofs ist in Betreff der hier in Frage stehenden Beziehung motivirt wie folgt:

„Die Bestimmungen im Artikel 676 u. ff. des B.-G.-B. über die Art und Weise, in welcher in einer nicht gemeinschaftlichen Mauer Lichtöffnungen oder Fenster angelegt werden dürften, hätten lediglich den Zweck, den Eigenthümer dieser Vorrichtungen zu Gunsten des nachbarlichen Grundstücks zu beschränken, keineswegs aber umgekehrt dieses zu belasten, und noch weniger die freie Verfügung über dasselbe in irgend einer Beziehung zu mindern. Sei die Anlage der Fenster eine von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende, so könne dieser faktische Zustand durch Ablauf der Zeit zwar zu der Berechtigung führen ihn beizubehalten, indem die gesetzliche Beschränkung des Eigenthümers der Mauer aufgehoben werde. Dagegen erlange aber dieser

Digitized by Google

Eigenthümer kein weiter gehendes, das Nachbargrundstück belastendes Recht. Das Fenster oder die Lichtöffnung sei allerdings ein sichtbares fortwährendes Zeichen; jedoch nur für das Aussichtsrecht, nicht aber das Kennzeichen eines hiermit verbundenen Untersagungsrechts, wie dies aus der Schlußbestimmung des Artikels 689 folge, indem dort die servitus luminum der servitus non aedificandi entgegengesetzt, und blos für Erstere das Fenster als sichtbares Zeichen anerkannt, die letztere dagegen als eine nicht sichtbare Dienstbarkeit bezeichnet würde, welche daher nach Artikel 691 durch Verjährung nicht erworben werden könne. Gegen diese Ansicht sei der Artikel 701 nicht anzurufen, weil in dem Fensterrecht nicht zugleich das Untersagungsrecht eines Baues auf dem nachbarlichen Grundstücke liege und ebensowenig könne der Artikel 678 zur Aushülfe herangerufen werden, weil auch dieser nur Vorschriften aufstelle, wie Balcon- oder Fensteranlagen nach dem Nachbargrundstücke eingerichtet sein sollen, nicht aber dem Eigenthümer des Letzteren untersage, selbst auf seinem Grundstücke zu bauen. Die Annahme, daß derjenigen Beschränkung, welche der Artikel 678 auflege, als Correlat eine Verpflichtung des Eigenthümers des Nachbargrundstückes entspreche, erscheine nicht zulässig. Hiernach werde der vom dem Erblasser der Eheleute Scholt erbotene, vom Landgericht zugelassene Beweis über das Bestehen der Fenster seit 30 Jahren überflüssig."

Zur Begründung des Cassationsmittels wird nun angeführt:

Die Principienfrage, über welche das Landgericht und der Appellhof im entgegengesetzten Sinne sich ausgesprochen hätten, gehöre zu den Controversen des französischen Rechts. Toullier Tome III. Nro. 534. Merlin questions sub voce servitudes §. 3. Pardessus Nro. 285 und 312 und Zachariae Thl. II. §. 244 seien der Meinung des Appellhofes; sie nähmen an, daß trotz des Erwerbs des Rechts, eine über die gesetzlichen Beschränkungen hinausgehende Fensteranlage conserviren zu dürfen, der Eigenthümer dieser Anlage kein Recht habe, dem Zubauen dieser Fenster durch den Nachbar zu widersprechen, und in diesem Sinne habe auch der Pariser Cassationshof am 10. Januar 1810 (Sirey 10. I. 176) erkannt. Gegen diese Ansicht erklärten sich jedoch Delvincourt, Tome I. pag. 577, Duranton, Tome V. Nro. 326, Vazeille prescription, Tome I. pag. 413, Conlon I. §. 328, Solon, Nro 302. Demolombe des servitudes Nro. 580 seq. und Marcadé Tome II. Artikel 678 Nro. 3. Auch habe der Pariser Cassationshof seine frühere Ansicht verlassen, zuerst in dem Urtheil vom 1. December 1835 (Sirey, 1836. I. 604.), sodann in den Urtheilen vom 22. August 1853, 10. April 1855 und 17. August 1858. (Sirey 53. I. 593. Bd. 55. I. 369. Bd. 59. I. 71). Insbesondere passe das Urtheil vom 22. August 1853 genau auf den vorliegenden Fall. Der Cassationshof gehe davon aus, daß das Recht auf Aussichtsfenster gegen das benachbarte Grundstück in die Klasse der sichtbaren und ständigen Servituten gehöre, welche sowohl durch Titel, als durch 30 jährige Ersitzung, erworben werden könnten und daß also zufolge des Artikels 701 der Eigenthümer des dienenden Grundstücks nichts thun dürfe, welches dahin abziele, den Gebrauch der Servitut zu vermindern oder unbequemer zu machen. Nach Artikel 690 stände der Erwerb durch Titel und der Erwerb durch Ersitzung auf gleicher Linie. Beide müßten also die nämliche Kraft und Wirkung haben und die auf die eine

Digitized by Google

oder andere Weise erworbene Servitut falle daher unter die Herrschaft der im Art. 701 aufgestellten Regel.

Es sei eine nothwendige juristische Consequenz aus dem Grundsatze des Art. 678, daß der Eigenthümer desjenigen Grundstückes, gegen welches das Aussichtsrecht durch Titel oder Verjährung erworben sei, nur in einer Entfernung von 6 Fuß von der Mauer ab, wo die gedachten Fenster angebracht seien, in die Höhe bauen könne. In der That beruhe auch die Ansicht des Appellhofes und derjenigen Rechtslehrer, welche derselben Meinung seien, blos auf einem Scheingrunde. Es werde gesagt, daß derjenige, welcher durch Verjährung das Recht erlangt, Aussichtsfenster nach dem benachbarten Grundstücke zu haben, nicht eigentlich eine Servitut gegen dies Nachbargrundstück erwerbe, sondern nur sich selbst von einer gesetzlichen Servitut befreit, welche ihm das Halten solcher Fenster verboten habe; oder mit anderen Worten, daß er die Freiheit seines Grundstücks, aber nicht eine active Servitut gegen das benachbarte Grundstück erwerbe. Allein dem gegenüber sei zu berücksichtigen, daß die gesetzlichen Servituten im allgemeinen Interesse Aller auferlegt seien, also die allgemeine Norm und das gemeine Recht bildeten, so daß man nicht sagen könne, das Grundstück erlange seine Freiheit wieder, oder es befreie sich von einer Servitut. Im Gegentheil gelange ein solches Grundstück in eine Ausnahme-Stellung; es sei demselben eine Servitut erworben. Ganz richtig habe der Pariser Cassationshof in dem Urtheil von 1853 darauf hingewiesen, daß in dem Falle, wo das Aussichtsrecht durch Titel bewilligt sei, der Nachbar die Fenster gewiß nicht zubauen dürfe, der Zweck der Bewilligung würde ja sonst vereitelt werden, wie denn auch der Art. 1135 des B.-G.-B. den Grundsatz ausspreche, das die Verträge nicht blos zu demjenigen verpflichten, was darin ausdrücklich hervorgehoben sei, sondern auch zu allen Consequenzen, welche die Billigkeit, der Gebrauch und das Gesetz in die Obligation nach deren Natur legten. Wer das Aussichtsrecht zu gewähren versprochen habe, dürfe dasselbe nicht entwähren. Die Verjährung sei nur das Ergebniß einer stillschweigenden Bestellung der Servitut, welche aus dem Schweigen des Eigenthümers des dienenden Grundstücks während eines langen Zeitraumes abgeleitet würde. Dieser stillschweigend geschlossene Vertrag könne nicht weniger Wirkung haben, als wenn die Vereinbarung ausdrücklich erfolgt wäre; das einmal erworbene Aussichtsrecht könne nicht durch den Zubau der Fenster wieder aufgehoben werden.

Der Appellhof habe aus dem Art. 689 des B.-G.-B. eine unrichtige Schlußfolgerung gezogen, weil daraus, daß dort die servitus non aedificandi als eine nicht sichtbare Servitut bezeichnet werde, nicht folge, daß sie niemals eine solche sein könne. Sie können existiren, ohne daß gerade dem Berechtigten ein durch ein Fenster kenntlich gemachtes Aussichtsrecht zustehe. Außerdem werde aber auch klägerischerseits nicht behauptet, daß dem Aussichtsrecht die servitus non aedificandi correspondire. Diese bestehe in der Beschränkung, auf dem verpflichteten Grundstücke überhaupt zu bauen, resp. über eine gewisse Höhe zu bauen, während durch das Bestehen des Aussichtsrechts der Nachbar nur zu einem gewissen Abstand genöthigt werde, im Uebrigen aber auf seinem Grundstücke bauen, und so hoch bauen könne, wie er wolle. Die Aussichtsfenster könnten also sehr wohl als ein Zeichen jener geringeren, dem Aussichtsrechte correspondirenden Verpflichtung dienen. Der Appellhof bringe auch mit Unrecht

Digitized by Google

den Art. 691 in Anwendung, während der Art. 690 in Verbindung mit den Art. 675, 676, 678 und 701 habe zur Anwendung kommen müssen. Das Interlokut des Landgerichts beruhe sonach auf richtiger Rechtsanschauung.

Für den Cassations-Verklagten werden im Wesentlichen die Gründe des angefochtenen Urtheils mit weiterer Ausführung reproducirt.

Es wird zuvörderst bemerkt, daß die Frage, um welche es sich gegenwärtig handle, in der Rheinischen Rechtsprechung kaum noch eine controverse sei, da der Kgl. Revisions- und Cassationshof durch zwei cassirende Urtheile vom 9. Januar und 19. Juni 1843 solche in demselben Sinne entschieden habe, wie sie vom Appellhof im gegenwärtigen Falle entschieden worden sei. —

Dann werden die leitenden Gesichtspunkte des Näheren ausgeführt, daß die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthümers in Bezug auf die Anlage von Lichtöffnungen und Fenstern nur eine Legalservitut zum Vortheil des benachbarten Grundstücks darstellten; daß eine von diesen Beschränkungen abweichende Einrichtung der Fenster oder Lichtöffnungen nur eine Befreiung von der Passivservitut, nicht aber eine Erwerbung einer activen Servitut, dem Nachbarn das aus seinem Eigenthum hervorgehende Recht, auf seinem Grundstücke zu bauen, und die Lichtöffnungen und Fenster des Andern zu verbauen, begründen könnten; daß namentlich in der Hinsicht nur das tantum praescriptum quantum possessum gelte; daß zur Beschränkung des Eigenthümers, auf seinem Grund und Boden zu bauen, nothwendig der Erwerb einer dem entgegenstehenden Activservitut gehöre, der servitus non aedificandi vel altius non tollendi; diese an sich nicht sichtbare Servitut aber nach Art. 689 des B.-G.-B. durch Ersitzung nicht erworben werden könne; daß bei der Ersitzung, wie bei jeder andern Art der Verjährung, derjenige, gegen welchen sie angerufen werde, im Stande sein müsse, sie mit gehöriger Aufmerksamkeit abzuwenden, dies aber zunächst dann nicht möglich sei, so lange sich der Eigenthümer der Grenzmauer bei Anlegung seiner Fenster und Lichtöffnungen innerhalb der gesetzlich gezogenen Grenzen halte, da er dies auf Grund seines Eigenthumsrechts thun dürfe, mithin auch der Besitz solcher Fenster und Lichtöffnungen nicht den Charakter eines Servituten-Besitzes hätte haben können; bei einer die gesetzlichen Grenzen überschreitenden Einrichtung der Fenster und Oeffnungen aber bei aller Aufmerksamkeit der Eigenthümer des benachbarten Grundstücks nur eine Zurückführung auf die gesetzlichen Grenzen habe erreichen können, daraus aber folge, daß er auch mehr als dieses Recht nicht habe verlieren können.

Im Anschluß an die Ausführung der Cassationskläger ist sodann noch bemerkt:

Der von den Cassationsklägern hervorgehobene Satz, daß der Erwerb durch Ersitzung mit dem Erwerb durch Titel auf gleicher Linie stehe, gelte doch nur für die Fälle, in welchen die Ersitzung an sich zulässig sei (Art. 690 des B.-G.-B.), und von einem solchen Falle sei eben hier nicht die Rede; wo wirklich durch Vertrag eine Servitut errichtet worden sei, bestimme übrigens lediglich der durch Interpretation festzustellende Inhalt dieses Vertrages ihren Charakter und Umfang. Die Unanwendbarkeit des Art. 701 ergebe sich von selbst, wenn eine, den Cassations-Verklagten in seinem Baurecht behindernde Servitut nicht vorhanden sei.

Schließlich macht Cassationsverklagter noch darauf aufmerksam, daß in den Instanzen von ihm die Gemeinschaftlichkeit der Mauer, worin sich

Digitized by Google

die Fenster befinden, behauptet und unter Beweis gestellt sei, und daß es eventuell auf diesen, den Erwerb der beaufpruchten Servitut nach dem B.-G.-B. (Art. 675), wie nach dem Römischen Rechte (L 40 D. de serv. praed. urb.), ausschließenden Beweis mit ankommen werde.

II. Cassationsmittel.

In zweiter Instanz hatten die Cassationskläger subsidiarisch den Beweis durch Urkunden, Zeugen und Sachverständige darüber erboten:

1) Daß die in dem Kölnischen Archive — Archiv der Stadt — befindliche alte Bauordnung der Stadt Köln, bestehend aus 5 Abtheilungen, welche zu verschiedenen Zeiten als gesetzliche Rathsschlüsse gefaßt und in den Protokollbüchern des Raths eingetragen, auch in dem Zunfthause der Steinmetzen angeheftet worden, in der Reichsstadt Köln rechtsverbindliche Geltung und Kraft hatte und jedenfalls als deren geschriebenes Gewohnheitsrecht in Geltung und Wirksamkeit standen; daß halbjährig die Amtsmeister des Steinmetzen- und Zimmermeister-Amts auf diese Bauordnung vereidet wurden; daß ebenso der städtische Umlaufbaumeister auf die Bauordnung vereidet wurde; daß bei allen Streitigkeiten über Bausachen die Bauordnung als Norm für die Entscheidung angerufen und bei allen gerichtlichen Baubesichtigungen zu Grunde gelegt wurden; daß auch bei Verhängung von Strafen wegen Verletzung der Baupolizei die Bauordnung stets angewendet wurde;

2) Daß in dieser Bauordnung folgende Bestimmungen enthalten sind:

Item ein gebunde die derbaußen unde aufgeht sofern kein Gebew daran steht;

Item ein gebunde Fenster, die mit einer Tralge stehet, gibt drei Fuß Freiheit.

3) Daß ferner der im stadtkölnischen Archive in amtlicher Ausfertigung befindliche Zunftbrief des Steinmetzen- und Zimmer-Amtes vom 22. August 1561 welcher unter andern die Funktionen der Amtsmeister des Steinmetz- und Zimmeramtes regelte, und die von ihnen zu erlassenden Bescheid- und Beleid-Erkenntnisse anordnete, in der Stadt Köln bis zur Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in fortwährender rechtlicher Geltung und Wirksamkeit stand;

4) Daß nach diesen gesetzlichen Anordnungen, sowie nach uraltem Herkommen in der Stadt Köln niemand bauen oder irgend eine bauliche Einrichtung oder Veränderung treffen durfte, bevor es zwischen ihm und seinem Nachbar contradiktorisch und gerichtlich festgestellt war, wie weit seine Befugnisse hierbei gingen, und welche Grenzen er festzuhalten hatte;

Daß es insbesondere zu den Attributionen der Amtmeister des Steinmetzen- und Zimmeramtes gehörte, in jedem einzelnen Falle, sei es, daß ein wirklicher Widerstreit unter den Nachbarn ausgebrochen war, oder daß das nicht der Fall war, das Rechtsverhältniß zwischen den Nachbarn nach vorgenommener Amtsbesichtigung und Vernehmung der Parteien durch Beleid und Bescheid festzusetzen, und daß diese Beleid- und Bescheidweise die Natur und Wirkung einer richterlichen Entscheidung hatten;

5) Daß in derselben Weise wie in allen Bausachen auch bei der Anlage oder Veränderung von Fenstern verfahren wurde; daß es auch

Digitized by Google

nicht erlaubt, vielmehr verboten war, in einer Grenzmauer Licht- oder Aussichtsfenster nach einem fremden Grundstücke hinaus anzulegen, daß solche Fenster vielmehr, wo sie sich befanden, nur kraft besonderen Titels bestanden, und nur auf Grund eines ordentlichen Bescheid- und Beleid-Erkenntnisses errichtet werden konnten, daß aber ein Fenster in einer Grenzmauer, welches, sei es auf Grund eines Titels, sei es auf Grund einer Acquisitiv-Verjährung oder eines Bescheid- oder Beleid-Erkenntnisses, rechtliche Existenz hatte, nach der Bauordnung und nach der consequenten Handhabung derselben in dem Sinne 3 Fuß Freiheit gab, daß der Nachbar, wenn er bauen wollte, nur in einer Entfernung von 3 Fuß ein Gebäude errichten konnte.

Dann ist weiter, um dies im Zusammenhang wieder zu geben, der Beweis durch Zeugen, Sachverständige, Urkunden und Ortsbesichtigung erboten, daß die Fenster bereits vor Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches, nöthigenfalls 10 oder 30 Jahre in ihrer gegenwärtigen Beschaffenheit bestanden haben, daß dieselben sich namentlich immer öffnen ließen, und so niedrig angebracht waren, daß sie die Aussicht auf das benachbarte Grundstück gewährten, daß dieselben auch in Gebunden und Traillen standen.

Zur Stütze dieser Behauptungen und insbesondere des stadtkölnischen Gewohnheitsrechtes hatten Kläger produzirt:

1) einen beglaubigten Auszug aus dem auf dem Rathhause beruhenden Zunftbrief des Steinmetzen- und Zimmer-Amtes vom 22. August 1561.

2) einen desgleichen aus der auf dem Rathhause angeblich befindlichen Bauordnung der freien Reichsstadt Köln.

3) eine, einem gedruckten Exemplar der Statuten der freien Reichsstadt Köln beigebundene Abschrift der Bauordnung extracta ex libro scabinat. alti judicii Coloniae.

4) Drei Bescheid- und Beleidbriefe vom 22. August 1709, 3. August 1715, und 17. Mai 1794.

Von dem Verklagten wurden, wie bereits bei allgemeiner Darstellung des Sachverhältnisses bemerkt, jene Behauptungen, wie die Relevanz und die Beweiskraft der dafür angerufenen Urkunden, und die Erheblichkeit und Zulässigkeit der anderen Beweise bestritten.

Der Appellhof hat auf den subsidiarischen Beweisantrag erwogen:

„Daß die Behauptung, es habe vor Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches eine Bauordnung über ein Gewohnheitsrecht bestanden, welches dem Eigenthümer der Fenster vor denselben 3 Fuß Freiheit zusicherte, bestritten ist;"

„Daß der darüber erbotene Beweis in seinen einzelnen Artikulationen blos zu der Annahme führen könnte, daß Bauangelegenheiten durch besonders hierzu verordnete Sachverständige den Lokalinteressen entsprechend behandelt wurden;"

„Daß jedoch keine concludente Thatsachen angeführt sind, welche ein das gemeine Recht aufhebendes Gewohnheitsrecht annehmen lassen, oder welche die allgemeine Gültigkeit einer besonderen Bauordnung mit civilrechtlichen Vorschriften nachweisen;"

„Daß daher die Subsidiaranträge der Kläger keine Berücksichtigung verdienen;"

Digitized by Google

Das II. Cassationsmittel behauptet nun:

Verletzung der Artikel 1350 (Nro. 3) und 1351 des B.-G.-B.; der l. 207 D. de regulis juris antiqui (50, 17) der leges 13 u. 14 de exceptione rei judicatae (44. 2.), der Union der freihen Reichsstadt Köln von 1396 (?) in den Bestimmungen: „Diese nachfolgende Articul sollen die Amptsleut so new gekoren werden, vor dem Rath zu den Heiligen schwären. Zum ersten, daß die Amptsleut, die zu halben Jahren zu den gesatzten Zeiten, als bisher gewonlich gewesen ist, gekoren worden, sollen ihre Eid vor unsern Herren vom Rath thun, rechte Urtheil zu weisen;" der reformatio judicialis processus judiciorum civitatis Coloniensis von 1570 Abschnitt I. in dem Satze: „Es sollen alle gekoren und verordnete Richter ihren gethanen Eiden nach, den Parteien und männiglich, so vor dem Gericht zu thun haben, rechtmäßig Bescheid und Urtheil geben und widerfahren lassen," sowie der alten Kölnischen Bauordnung in dem Satze: „Item ein gebunde Fenster, die mit einer Trellgen steht, giebt drei Fuß Freiheit."

Dazu wird angeführt, nachdem die vorhin mitgetheilten Entscheidungsgründe des Appellhofes referirt worden:

Der Cassationskläger habe drei Urkunden aus den Jahren 1709, 1715 und 1746 produzirt gehabt, welche er als Judikate des Steinmetz- und Zimmeramtes bezeichnet; er habe den Beweis erboten gehabt, daß die Amtsmeister des Steinmetz- und Zimmeramtes auf die Bauordnung vereidet worden seien, und daß Niemand eine bauliche Einrichtung oder Veränderung habe treffen dürfen, bevor zwischen ihm und seinem Nachbar contradiktorisch durch Urtheil des gedachten Amts seine Berechtigung festgestellt gewesen sei. Der Appellhof halte die gedachten Amtsmeister nur für Sachverständige, er spreche ihren Erlassen die Wirkung von Judikaten ab. Dies sei unzweifelhaft unrichtig. Schon die Form und der Inhalt der Urkunden von 1709, 1715 und 1746 ergebe, daß die Amtsleute der Steinmetz- und Zimmerzunft Richter gewesen und ihre Erlasse in Bauangelegenheiten die Kraft von Urtheilen hätten haben sollen. Es folge dies aus den oben extrahirten Sätzen der Union von 1396. Die Einleitung ergebe, daß die Steinmetz- und Zimmerzunft an der Union Theil genommen habe, und wenn sodann unter den Artikeln, welche die Amtsleute hätten beschwören müssen, gesagt werde, daß die Amtsleute, welche halbjährig gekoren worden, rechte Urtheile zuweisen sollten, so sei ihnen unverkennbar eine Jurisdiktion eingeräumt. Bestätigt werde dies durch die reformatio judicialis processus judiciorum civitatis Coloniensis von 1576, da auch dort gesagt sei, daß die gekorenen und verordneten Richter rechtmäßige Bescheide und Urtheile geben sollten, und es sei klar, daß unter den gekorenen Richtern die Amtsmeister zu verstehen seien, welche nach der Union halbjährig gekoren worden seien.

Der Appellhof setze sich also mit diesen Lokalgesetzen in Widerspruch und verletze die Grundsätze von der res judicata, wenn er die Amtsleute der Steinmetz- und Zimmerzunft für keine Richter, sondern nur für Sachverständige halte, und ihren in Bauangelegenheiten gegebenen Judikaten die Kraft von Urtheilen absspreche.

Jedenfalls verkenne der Appellhof den Sinn und die Bedeutung der Kölnischen Bauordnung, insbesondere des Satzes:

„Item ein gebunde Fenster, die mit einer Trellgen steht, giebt drei Fuß Freiheit."

Digitized by Google

Diese Bestimmung könne nur eine civilrechtliche Bedeutung haben, indem sie das Nachbarverhältniß, den einzuhaltenden Abstand einem Fenster gegenüber, ordne. Darüber, daß die in dem städtischen Archiv befindliche alte Bauordnung jene Bestimmungen enthalte, und daß dieselbe, aus 5 Abtheilungen bestehend, welche zu verschiedenen Zeiten als Rathsschlüsse gefaßt gewesen, in den Protokollbüchern des Rathes eingetragen und im Zunfthause der Steinmetzen angeheftet worden, sei der Beweis angetreten, und der Appellhof bemängele auch nicht den Beweisantritt nach der Richtung, daß etwa nicht die gesetzgebende Gewalt jene Normen gesetzt habe, oder daß der Publikationsmodus nicht der damals übliche und gültige gewesen sei. Ueberdies sei aber die Frage, ob ein Gesetz gehörig erlassen und publizirt worden, eine rechtliche, in Bezug auf welche dem Cassationshofe die freie Prüfung zustehe, weil das betreffende Gesetz verletzt sei, wenn die Instanzrichter demselben aus irgend einem Grunde die gesetzliche Kraft mit Unrecht abgesprochen hätten.

Cassationskläger bitten hiernach:

> Das Königl. Ober-Tribunal wolle das Urtheil des Rheinischen Appellationsgerichtshofes zu Köln vom 25. Februar 1863 cassiren, die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder verordnen, und dem Cassationsverklagten die Kosten des Verfahrens zur Last legen; demnächst in der Sache selbst nach den zu dem angegriffenen Urtheil Seitens der jetzigen Cassationskläger genommenen Anträgen erkennen.

Für den Cassationsverklagten ist hierauf erwidert:

Dieses Cassationsmittel sei lediglich gegen factische Feststellung des Appellationsrichters gerichtet. Cassationskläger hätten ihre Behauptung, daß nach einem alten, auf einer Bauordnung oder auf einem Gewohnheitsrecht beruhenden Kölnischen Specialrechte dem Eigenthümer von Fenstern vor denselben drei Fuß Freiheit zuständig gewesen seien, zu beweisen gehabt. Ob nun die von ihnen zu diesem Zweck artikulirten Thatsachen geeignet gewesen seien, den ihnen obliegenden Beweis zu führen, sei in demselben Maße eine factische Frage, als es eine factische Frage sei, ob durch eine wirklich stattgefundene Beweisaufnahme der Inhalt der Beweissätze dargethan worden. Die Prüfung der Erheblichkeit eines Beweiserbietens gehöre ja zu den ausschließlichen Attributionen der Instanzrichter, und diese seien es allein, welche zu untersuchen hätten, ob dasjenige, was zu beweisen sei, auch wirklich durch dasjenige, was zu beweisen artikulirt worden, bewiesen werden könne. Durch die Gründe des Appellhofes sei hier die Unerheblichkeit der zum Beweise gestellten Thatsachen thatsächlich festgestellt, und so wenig sich diese Feststellung im Wege des Cassationsrekurses würde bekämpfen lassen, wenn sie sich als das Resultat einer wirklich stattgehabten Beweisaufnahme darstelle, ebensowenig könne dieselbe bekämpft werden, wenn der Appellhof, wie vorliegend, von der Unterstellung ausgegangen, daß die artikulirten Thatsachen wirklich bewiesen werden könnten.

Wie von einer Verletzung der Rechtskraft gesprochen werden könne, sei rein unerfindlich, da es den in Bezug genommenen drei Urkunden für den vorliegenden Fall auch an allen Bedingungen der Rechtskraft (Identität der Parteien, des Gegenstandes und des Klagegrundes) fehlen würde, wenn dieselben an sich Judikate und von einer richterlichen Behörde erlassen wären. Der Appellhof habe aber auch überdies thatsächlich festgestellt,

Digitized by Google

daß jene Urkunden gar nicht Judikate seien, ihre Verfasser vielmehr nur die Eigenschaft von Sachverständigen gehabt hätten, wie sich denn auch in der That aus den von den Cassationsklägern allegirten Urkunden nicht das Geringste für ihre richterliche Qualität ergebe.

Die Bezugnahme auf eine angebliche Kölnische Bauordnung und eine angeblich in derselben enthaltene Stelle erledige sich einfach durch die factischen Erklärungen des Appellhofes und insbesondere durch die Erklärung, daß keine concludenten Thatsachen angeführt seien, welche die allgemeine Gültigkeit einer besonderen Bauordnung mit civilrechtlichen Vorschriften nachwiesen. Ob und in wie weit die von den Cassationsklägern bezogenen Urkunden überhaupt beweisfähig gewesen sein würden, könne hiernach für den Cassationsrekurs dahin gestellt bleiben.

Für den Cassationsverklagten wird angetragen:

Ein Königliches Ober-Tribunal wolle den gegen das Urtheil des Rheinischen Appell.-Ger.-H. zu Köln vom 25. Februar 1863 eingelegten Cassationsrekurs, unter Verurtheilung der Cassationskläger zu den Kosten, als unbegründet verwerfen.

In der heutigen öffentlichen Sitzung erstattete der Geheime Ober-Tribunals-Rath Weisgerber den Vortrag;

Der Gerichts-Assessor Liba, an Stelle des verhinderten Justizrathes Dorn, und der Geheime Justizrath Reusche entwickelten ihre Gründe, ersterer zur Unterstützung, letzterer zur Entkräftung des Cassationsgesuches.

Der General-Staats-Anwalt Wirkliche Geheime Ober-Justizrath Grimm wurde in seinem Antrage gehört, und

Nach vorheriger Berathung verkündigt folgendes

Urtheil:

I. E., daß der Appellationsrichter, indem er den vom ersten Richter zugelassenen Beweis über das 30jährige Bestehen der fraglichen Fenster in der Grenzmauer der Cassationskläger für unerheblich erklärte, von richtigen rechtlichen Grundsätzen ausgegangen ist und die von den Cassationsklägern bei diesem Cassationsmittel angerufenen gesetzlichen Bestimmungen nicht verletzt hat;

Daß nämlich die in den Art. 676 und ff. des B.-G.-B. enthaltenen Beschränkungen des Eigenthümers einer nicht gemeinschaftlichen Mauer in Absicht auf die Anlage von Aussichtsfenstern und Lichtöffnungen im Interesse des benachbarten Grundstücks eingeführt sind, also eine negative Servitut zum Vortheil dieses Grundstücks darstellen, und deshalb ganz entsprechend unter den gesetzlichen Servituten aufgeführt sind;

Daß diese Servitut nach den allgemeinen Regeln (Art. 706, 707 des B.-G.-B.) durch Nichtgebrauch verloren gehen kann, und da sie ihrer rechtlichen Natur nach eine continuirliche Servitut ist, die Verjährungsfrist mit dem Zeitpunkte beginnt, wo ein der Servitut widersprechender Act vorgenommen worden ist (Art. 707 cit.) daß mithin auch dann, wenn der Eigenthümer der Mauer in derselben Fenster und Oeffnungen in einer den gesetzlichen Beschränkungen widersprechenden Weise angelegt, und dieser Zustand während rechtsverjährter Zeit bestanden hat, die Servitut zum Vortheil des benachbarten Eigenthümers durch Nichtgebrauch verloren gegangen und die Folge davon ist, daß das dienende Grundstück seine natürliche Freiheit wieder erlangt hat, wie es im gemeinen Rechte bei negativen Servituten durch usucapio libertatis der Fall war;

Digitized by Google

Daß der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks durch das Erlöschen der dem letzteren bisher zugestandenen Servitut selbstredend nur ein Recht gegen das bisher dienstbare Grundstück verlor, durch den Verlust dieses Rechts aber eben so selbstverständlich die Freiheit des eigenen Grundstücks nicht berührt worden ist;

Daß es bei dieser Freiheit eine res meae facultatis des Eigenthümers war, auf seinem Grund und Boden zu bauen, oder auch nicht zu bauen, so daß also auch aus dem unterlassenen Bebauen zu Gunsten des Nachbars durch den bloßen Ablauf der Zeit ein Recht auf Beeinträchtigung der Baufreiheit nicht erworben werden konnte;

Daß zu einem solchen Recht der Erwerb einer Servitut gehört haben würde, deren Inhalt dahin ginge, dem benachbarten Eigenthümer das Bauen auf seinem Grundstück überhaupt, oder das Höherbauen zu untersagen;

Daß eine derartige Servitut nach dem älteren gemeinen Rechte sowohl durch Vertrag, wie auch durch Ersitzung erworben werden konnte;

Daß zum Erwerb des Rechts durch Ersitzung aber der Quasibesitz während der zur Ersitzung vorgeschriebenen Zeit erforderlich war, und dieser Besitz, da die Servitut (ihrer Natur nach) zu den negativen gehörte, nur durch Widerspruch gegen eine der Servitut entgegenstehende Handlung erworben werden konnte, solches auch in der Natur der Sache liegt, da das Unterlassen des Bauens von Seiten des benachbarten Eigenthümers als ein Merkmal des Besitzrechtes nicht anzurufen war, der Besitz also mit dem Augenblick erst beginnen konnte, wo ein Untersagungsrecht geltend gemacht wurde, welches, der natürlichen Freiheit des Eigenthümers gegenüber, ohne die Voraussetzung der Servitut nicht hätte geltend gemacht werden können;

Daß nach Art. 690 des B.-G.-B. nur continuirliche und zugleich apparente Servituten durch Verjährung erworben werden, indem das Gesetz davon ausgeht, daß bei nicht continuirlichen und nicht sichtbaren Servituten immer nur ein schwankender Besitz stattfinde, und namentlich bei den nicht apparenten Servituten derselbe während der Dauer des gewöhnlichen Zustandes der Dinge nicht bemerkbar sei;

Daß nach Art. 689 des B.-G.-B. al. 3 zu den nicht sichtbaren Servituten — Servituten, deren Existenz durch kein äußeres Merkmal in's Auge fällt — die servitus non aedificandi, vel altius non aedificandi gehört;

Daß hiernach also das Recht, dem Nachbarn das Bauen oder Höherbauen zu untersagen, unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches durch Ersitzung nicht erworben werden kann;

J. E., daß wenn nach dem Bisherigen aber das behauptete 30jährige Bestehen der fraglichen Fenster in der Mauer der Cassationskläger nur das Erlöschen der dem Cassationsverklagten zuständigen Activservitut und damit den Wegfall des Rechts, nunmehr seinerseits die Beseitigung der Fenster zu verlangen, zur Folge gehabt hat, und zu einem Recht der Cassationskläger, dem Cassationsverklagten das beliebige Bauen oder Höherbauen auf seinem Grundstück zu untersagen, der Erwerb einer dem entsprechenden selbstständigen Servitut gehört haben würde, eine derartige Servitut aber nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches durch Verjährung nicht erworben werden kann — von selbst folgt, daß die Unter-

Digitized by Google

heblichkeit des dahin zielenden, von den Cassationsklägern erbotenen Beweises vom Appellationsrichter mit Recht ausgesprochen ist;

Daß die hiergegen aufgestellte Behauptung, daß Aussichten, welche sich durch Fenster anzeigten, nach Art. 688 und 689 des B.-G.-B. zu der Klasse der fortwährenden und apparenten Dienstbarkeiten gehörten, also nach Art. 690 das. sowohl durch Verjährung, als durch Titel erworben werden könnten, das bisher Ausgeführte nicht widerlegt, da, abgesehen davon, daß das Bürgerl. Gesetzbuch das Aussichtsrecht nicht näher bestimmt und nicht bestimmt, daß ein Aussichtsrecht durch jedes Fenster, welches in der eigenen, auf der Grenze errichteten Mauer angelegt ist, ein Zeichen einer continuirlichen und sichtbaren Servitut sei, das Recht, ein Fenster in der eigenen Mauer zu haben und zu behalten, nicht nothwendig das Recht in sich schließt, dem Nachbarn die aus seinem Eigenthum hervorgehende Befugniß, zu bauen oder höher zu bauen, zu untersagen, wenn man nicht in den Widerspruch gerathen will; für die nicht sichtbare servitus non aedificandi oder altius non tollendi den Erwerb durch Ersitzung zu gestatten;

Daß auch das Argument, welches aus der Gleichstellung der durch Verjährung erworbenen, mit der durch Vertrag begründeten Servitut der Aussicht hergeleitet werden will, ebenwenig dazu angethan ist, die bisherige Ansicht als unbegründet erscheinen zu lassen;

Daß wenn man nämlich auch für einen Augenblick auf diese Art der Deduktion eingehen wollte, und zugeben will, daß derjenige, welcher eine Aussichtsservitut im Wege des Vertrages eingeräumt hat, dieselbe durch Verbauen nicht werthlos machen dürfe, doch der Erwerb des Rechts durch Verjährung, bei welcher der Satz gilt: tantum praescriptum, quantum possessum, keineswegs nothwendig zu derselben Annahme führen würde, am wenigsten dann, wenn man dabei auf eine stillschweigende Einwilligung des Eigenthümers des dienenden Grundstücks zurückgeht;

Daß insbesondere die im Art. 676 und ff. des B.-G.-B. enthaltenen Eigenthumsbeschränkungen oder Legalservituten dem älteren französischen Rechte (Coutume de Paris Art. 202) entlehnt sind, und mit der Parömie Hand in Hand gehen, daß man von des Nachbars Grundstück nicht nur die Füße, sondern auch die Augen zurückhalten müsse, sowie auf der Betrachtung beruhen, daß es unbillig sei, denjenigen, in dessen Nachbarschaft ein Bau aufgeführt wird, zu nöthigen, seinerseits vielleicht kostspielige Anlagen zu machen, um sich der Aussicht des Nachbars zu entziehen;

Daß, wie hiernach einerseits jeder Gedanke fern lag, den Eigenthümer, zu dessen Gunsten die Beschränkung eingeführt wurde, in dem freien Gebrauch seines Eigenthums zu beschränken, andererseits auch daraus, daß derselbe sich von Anfang an eine den gesetzlichen Vorschriften widersprechende Anlage von Fenstern in der Mauer des Nachbars gefallen ließ, höchstens zu schließen wäre, daß er auf den Nachtheil, gegen welchen ihn das Gesetz schützen wollte, kein Gewicht lege, mithin aus dem Fortbestehenlassen dieses Zustandes während rechtsverjährter Zeit ebenfalls nur der Verzicht auf den Schutz gegen diesen Nachtheil, keineswegs aber eine Einwilligung, sich in der freien Disposition seines Eigenthums zu beschränken, gefolgert werden könnte;

Daß weiter auch den Cassationsklägern nicht zuzugeben ist, daß der Appellationsrichter aus der Schlußbestimmung des Art. 689 mit Unrecht die Folgerung hergeleitet habe, daß Fenster oder Lichtöffnungen in der

Digitized by Google

eigenen Mauer zwar ein sichtbares und fortwährendes Zeichen für das Aussichtsrecht, nicht aber das Kennzeichen eines hiermit verbundenen Untersagungsrechtes gegen das Bauen des Nachbars seien, da im System des Gesetzes der Unterschied zwischen den continuirlichen und apparenten Servituten und den nicht sichtbaren und nicht continuirlichen, nur für die Verjährungsfrage von Bedeutung ist, und der Gesetzgeber es gewiß nicht unterlassen haben würde, es anzudeuten, wenn die im Schlußsatze des citirten Artikels als einziges Beispiel aufgeführte servitus non aedificandi oder altius non tollendi nur bedingt zu den nicht sichtbaren Servituten zu rechnen wäre;

Daß wenn endlich die Berechtigung, Aussichtsfenster zu haben, die servitus altius non tollendi vel non aedificandi überhaupt nicht in sich schließt, dann auch jene Berechtigung nicht als Correlat haben kann, daß der Nachbar mit seinem Bau nur in einem gewissen Abstande, insbesondere dem Abstand bleiben müsse, welchen der Art. 678 cit. für die darin bezeichnete negative Servitut bestimmt;

J. E., daß nach allem diesem das vorliegende Cassationsmittel sich überall als unbegründet darstellt;

Auf das zweite Cassationsmittel:

J. E., daß wenn selbst der Appellationsrichter die Amtsleute der Steinmetzen- und Zimmerzunft blos als Sachverständige angesehen hätte, dadurch doch die Grundsätze über die res judicata nicht verletzt sein würden, da der angerufene Art. 1350 Nro. 3, 1351 des B.-G.-B., sowie die leges 207. D. 50, 17 und 13 und 14 D 44, 2 nur die positiven Wirkungen der rechtskräftigen Entscheidung mit Rücksicht auf die dadurch festgestellten Rechtsverhältnisse der dabei interessirten Parteien vor Augen haben, die Frage aber nicht bestimmen, ob überhaupt ein von einem Richter ausgegangener Spruch vorliegt;

Daß die bei diesem Cassationsmittel bezeichneten Stellen aus der stadtkölnischen Union von 1396 und die reformatio judicialis processus von 1570 in den Instanzen nicht geltend gemacht waren, überdies aber auch den Satz nicht enthalten, daß die gekorenen Amtsleute der Steinmetzen- und Zimmerzunft in Bauangelegenheit mit richterlicher Qualität zu entscheiden gehabt haben;

Daß wenn der Appellationsrichter dies auch aus den vorgelegten Urkunden aus den Jahren 1709, 1715, 1746 nicht entnommen haben würde, daraus eine Gesetzesverletzung nicht hervorgehen könnte;

Daß überdies aber auch der Appellationsrichter nicht einmal gesagt hat, daß den Amtsleuten der Steinmetzen- und Zimmerzunft kein Entscheidungsrecht in Bauangelegenheiten zugestanden habe, derselbe vielmehr erklärt, daß der erbotene Beweis blos zu der Annahme führen könnte, daß Bauangelegenheiten durch besonders hierzu verordnete Sachverständige, den Lokalinteressen entsprechend behandelt worden seien, und damit nicht verneint ist, daß sie bei dieser Behandlung auch über die Bauangelegenheiten zu entscheiden gehabt haben;

Daß endlich auch eine Rechtsverletzung darin nicht zu finden ist, wenn der Appellationsrichter die Artikulation concludenter Thatsachen für den Nachweis einer mit allgemeiner Gültigkeit versehenen besondern Bauordnung mit civilrechtlichen Vorschriften vermißte, da der Appellationsrichter, den Berufungen auf die Bauordnung gegenüber, nur ein thatsächliches Urtheil gefällt hat;

Digitized by Google

Daß daher auch das zweite Caſſationsmittel der Begründung ermangelte:

Aus dieſen Gründen

verwirft das Kgl. Ober-Tribunal, fünfter Civil-Senat (Rheiniſcher Senat) den gegen das Urtheil des Kgl. Appell.-Ger.-H. zu Köln vom 25. Februar 1863 eingelegten Caſſationsrekurs, unter Verurtheilung der Caſſationskläger in die hinterlegte Succumbenzſtrafe und zu den Koſten dieſes Verfahrens.

Sitzung vom 28. Juni 1864.

Ref: H. G. O.-Tr.-R. Weisgerber.
Advokaten: Dorn — Reuſche.

Verleger. — Redacteur.

Der Redacteur einer Zeitung, welcher einen ſtrafbaren Artikel aus einer andern Zeitung entnimmt und deſſen Wiederabdruck veranlaßt, iſt für dieſen Fall als Herausgeber zu betrachten.

Iſt die Entſcheidung, daß der Redacteur als Herausgeber zu betrachten, auf die beſondern thatſächlichen Verhältniſſe des einzelnen Falls geſtützt, ſo iſt kein Caſſationsrecurs zuläſſig. Daſſelbe iſt der Fall, wenn der Richter nach Lage des factiſchen Falls annimmt, der Verleger habe die ihm obliegende Verpflichtung des §. 35 des Preßgeſetzes, den Herausgeber bei ſeiner erſten Vernehmung zu nennen, erfüllt.

Oeffentl. Miniſterium — Lucas, Lammers.

Daß öffentliche Miniſterium bei dem Kgl. Landgerichte zu Elberfeld beſchuldigte

1) den Eduard Lucas, Verleger der Elberfelder Zeitung:
in der in ſeinem Verlag erſcheinenden Elberfelder Zeitung in der Nummer 249 vom 11. September 1865 einen Artikel, beginnend mit den Worten: „Die neue Frankfurter Zeitung bringt folgende etwas verdächtige Enthüllungen," welcher eine Beleidigung und Verläumdung des Kgl. Miniſterpräſidenten Grafen von Bismark in Bezug auf deſſen amtlichen Beruf enthalte,
abgedruckt zu haben;

2) den Auguſt Lammers, als verantwortlicher Redacteur der Elberfelder Zeitung:
den sub 1 bezeichneten Artikel in dieſe Zeitung aufgenommen zu haben,

und beantragte:

Beide dieſerhalb auf Grund der §§. 35, 36, 37 des Preßgeſetzes zur Unterſuchung zu ziehen.

Digitized by Google

Der Beschuldigte Lucas erklärte bei seiner ersten gerichtlichen Vernehmung: Er könne über den Verfasser und Herausgeber dieses Artikels weiter nichts sagen, als was im Anfange desselben mitgetheilt werde, daß nämlich die Frankfurter Zeitung ihn gebracht und daß er aus derselben abgedruckt worden sei. Als speciellen Herausgeber bezeichne er den Redacteur seiner Zeitung, Lammers und derselbe werde sich auch wohl darüber aussprechen, weshalb er denselben aufgenommen habe.

Der darauf vernommene Redacteur Lammers gab zu, den fraglichen Artikel aus der neuen Frankfurter Zeitung selbst aufgenommen zu haben.

Beide Beschuldigte sind hierauf wegen der erhobenen Beschuldigung vor das Zuchtpolizeigericht in Elberfeld verwiesen ꝛc.

Urtheil:

In Erwägen, daß grundsätzlich zwar der Verleger einer Zeitung der ihm in §. 33 des Gesetzes über die Presse vom 12. Mai 1851 auferlegten Verpflichtung, gleich bei seiner ersten gerichtlichen Vernehmung den Verfasser oder Herausgeber der Druckschrift nachzuweisen, nicht genügt, wenn er, mit Rücksicht auf einen einzelnen Artikel der unter seinem Verlag erscheinenden Zeitung, dabei einfach auf den verantwortlichen Redacteur der Zeitung, als solchen, hinweist;

Daß in der Beziehung die maßgebenden Grundsätze bereits in dem Plenarurtheile des Kgl. Ober-Tribunals vom 22. Februar 1864 (Justiz. Minst. Bl. S. 82), ausgeführt sind;

Daß indessen der Redacteur einer Zeitung, wie auch die Nichtigkeits-Beschwerde in Uebereinstimmung mit der Natur der Sache und dem dieselbe sanktionirenden Erkenntnisse des Kgl. Ober-Tribunals vom 12. October 1864 (Justiz. Minst. Bl. S. 395), selbst anerkennt, dann auch als der Herausgeber eines einzelnen darin erschienenen Artikels zu betrachten ist, wenn der Artikel bereits in einem andern Blatte verdffentlich war und der Redacteur es gewesen ist, welcher den Wiederabdruck desselben in der unter seiner Redaction stehenden Zeitung allein veranlaßt hat; daß der Redacteur unter solchen Umständen dann in der That die Person ist, welche den Artikel der Zeitung zugeführt und den Abdruck desselben veranlaßt hat;

In Erwägen, daß der Verleger der Zeitung also jedenfalls der Bestimmung lit. a des §. 33 des Gesetzes über die Presse Genüge leistet, wenn er bei seiner ersten gerichtlichen Vernehmung seine Erklärung in Bezug auf den Herausgeber des Artikels in einer Weise abgiebt, daß dadurch sofort der Redacteur der Zeitung zugleich als der specielle Herausgeber dieses Artikels als nachgewiesen erachtet werden kann;

In Erwägen, daß in der gegenwärtigen Sache der zweite Richter, wie die Gründe seines Urtheils ergeben, keineswegs den Redacteur einer Zeitung mit dem Herausgeber der darin enthaltenen einzelnen Artikel identifizirt, sondern die Frage nach dieser Identität ausdrücklich dahin gestellt sein läßt, vielmehr rein thatsächlich entscheidet, daß in gegenwärtigem Falle der Redacteur auch zugleich als der Herausgeber des inkriminirten Artikels zu betrachten sei, weil er, und nur er, den Wiederabdruck dieses Artikels aus einer andern Zeitung veranlaßt habe;

Digitized by Google

Daß nach dieser Feststellung aber der Redacteur Lammers, da er darnach den fraglichen Artikel seinem Blatte zugeführt und den Wiederabdruck desselben veranlaßt hat, auch wirklich der Herausgeber des Artikels im Sinne des §. 35 des Gesetzes vom 12. Mai 1851 gewesen ist; —

Daß es demnach also nur fraglich bleibt, ob der Verleger Lucas bei seiner ersten Vernehmung dieses Verhältniß ausreichend dargethan hat;

Daß der zweite Richter den desfallsigen Nachweis in der ersten gerichtlichen Erklärung des Verlegers Lucas, mit Rücksicht auf die besondern Umstände des Falles gefunden hat, eine grundsätzliche Verletzung des §. 35 des Gesetzes über die Presse daher nicht vorliegt;

Daß solches namentlich um deswillen nicht der Fall ist, weil das Rechtsprincip bezüglich des Herausgebers eines in der vorgelegten Zeitung erschienenen speciellen Artikels von dem angegriffenen Urtheile nicht nur nicht verkannt, sondern anerkannt ist, die Frage aber, ob der Verleger den ihm nach dem mehr citirten §. 35 obliegenden Nachweis ausreichend geführt habe, Mangels einer desfallsigen nähern gesetzlichen Bestimmung der Beurtheilung des Instanzrichters anheimgegeben ist;

Daß daher der auf Verletzung des §. 35 des Gesetzes über die Presse vom 12. Mai 1851 gestützte Cassationsrekurs sich als unbegründet darstellt;

Daß im Uebrigen auch gegen Vorschriften des Verfahrens ersichtlich nicht gefehlt ist;

Aus diesen Gründen

verwirft das Kgl. Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, Abtheilung II. den gegen das Urtheil der correctionellen Appellationskammer des Kgl. Landgerichts zu Elberfeld vom 4. Januar 1866 vom öffentl. Ministerium eingelegten Cassationsrekurs.

Sitzung vom 19. April 1866.

Oeffentlicher Weg. — Wiederherstellung. — Oeffentl. Ministerium. — Civilpartei.

Die im Art. 40, Tit. II. des Ruralgesetzes vom 28. September — 6. October 1791 bei Beschädigung von öffentlichen Wegen neben der Geldbuße angeordnete Verurtheilung des Beschuldigten zur Wiederherstellung ist als Beseitigung des verursachten Schadens und nicht als Strafe anzusehen, daher durch Art. 10 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch nicht aufgehoben.

Das öffentl. Ministerium hat diese Wiederherstellung ohne Zuziehung der Gemeinde als Civilpartei zu beantragen; die Wiederherstellung selbst liegt jedoch wenn dieselbe vom Beschuldigten nicht ausgeführt wird, dem öffentl. Ministerium nicht ob.

Digitized by Google

Oeffentl. Ministerium — Herff.

Durch Urtheil des Kgl. Polizeigerichts zu Creuznach vom 16. Juni 1865 ist Jacob Herff wegen unbefugter Verlegung eines öffentlichen Weges auf Grund des Art. 40 Tit. II. des Ruralgesetzes vom 28. September — 6. October 1791 und des §. 335 des Str.-G.-B. zu einem Thaler Geldbuße eventualiter einem Tage Gefängniß und zur Wiederherstellung des Weges verurtheilt, auch das öffentliche Ministerium ermächtigt worden, den Weg eventualiter auf Kosten des Beschuldigten wieder herzustellen. Auf die Berufung des Letzteren, welcher die Qualität des Weges als eines öffentlichen bestritt, wurde in Folge eines Interlokuts der correctionellen Kammer des Kgl. Landgerichts zu Coblenz die desfallsige Erklärung der Kgl. Regierung beigebracht, und Seitens des öffentlichen Ministeriums die Verwerfung der Appellation mit der Maßgabe beantragt, daß der Passus des ersten Urtheils, welcher die Execution der Wiederherstellung des Weges der Staatsanwaltschaft übertrage, nur auf diese Herstellung selbst, ohne Präjudiz für die nach Art. 197 der Cr.-Pr.-O. der Gemeinde-Behörde, als Civilinteressentin, obliegende Ausführung gerichtet werde. Durch Urtheil des Zuchtpolizeigerichts vom 2. Januar curr. wurde das erste Urtheil, insofern als dasselbe die Wiederherstellung des Weges verfügte, mit der Erwägung reformirt, „daß das Strafurtheil neben der eigentlichen Strafe nicht noch die Pflicht des Verurtheilten zur Wiederherstellung des Weges aussprechen dürfe" im Uebrigen aber, da die Oeffentlichkeit des Weges durch die Erklärung der Kgl. Regierung vom 10. November v. Jahres festgestellt sei, die Berufung verworfen.

Der Kgl. Ober-Prokurator hat rechtzeitig den Cassationsrekurs eingelegt, nachträglich zustellen lassen und ausgeführt, die beantragte Wiederherstellung des Weges sei nicht als eine Strafe, welche nach Art. 10 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 beseitigt sein würde, sondern als ein reparation civile (Art. 161 und 172 Cr.-Pr.-O.) anzusehen. Nach Art. 40 des Ruralgesetzes sei aber zugleich auf diese Wiederherstellung zu erkennen, ohne daß es der Constituirung einer Civilpartei bedürfe, wie dies die Partikel „und" ergebe. Hiernach habe das öffentliche Ministerium den desfallsigen Antrag zu stellen (Rh. Archiv 32, II A. 54 und 50 A. 94.) Es wird beantragt das angegriffene Urtheil wegen Rechtsverweigerung und Verletzung des Art. 40 l. c. zu cassiren und in der Sache selbst die Appellation mit der Maßgabe zu verwerfen, daß die im ersten Urtheile dem öffentlichen Ministerium eingeräumte Befugniß der Wiederherstellung des Weges auf Kosten des Appellanten aufgehoben werde.

Eine Gegenerklärung ist nicht zu den Acten gekommen. Auf den Vortrag des Herrn Geheimen Ober-Tribunals-Raths Reichensperger und den Antrag des Herrn Ober-Staatsanwalts Oppenhoff;

In E., daß der Cassationsverklagte durch das angegriffene Urtheil wegen unbefugter Verlegung eines öffentlichen Weges auf Grund des Art. 40 Tit. II. des Ruralgesetzes vom 28. September — 6. October 1791 nur zu einer Geldbuße und nicht auch zur Wiederherstellung des Weges verurtheilt worden ist; daß indessen nach der bezeichneten Gesetzesstelle nicht blos auf eine Geldbuße von drei bis vier und zwanzig Livres zu erkennen, sondern auch die Verurtheilung zur Wiederherstellung auszu-

Digitized by Google

sprechen, diese letztere Verurtheilung aber nur als Beseitigung des durch den Beschuldigten herbeigeführten Schadens und nicht als eine eigentliche Strafe anzusehen, mithin durch Art. 10 des Einführungsgesetzes zum Str.-G.-B. vom 14. April 1851 nicht aufgehoben worden ist, und Kraft der allgemeinen Fassung des Art. 40 l. c. auch ohne Constituirung einer Civilpartei durch das öffentliche Ministerium beantragt werden kann;

Daß sonach das angegriffene Urtheil wegen Verwerfung jenes Antrages der Cassation unterliegt, in der Sache selbst aber die eingelegte Berufung mit der Maßgabe zu verwerfen ist, daß die im Urtheile erster Instanz dem öffentlichen Ministerium eingeräumte Befugniß, den Weg auf Kosten des Beschuldigten herstellen zu lassen, in Wegfall zu bringen, indem diese Befugniß nach Art. 161 und 172 der Cr.-Pr.-O. von der civilberechtigten Gemeinde zur Ausführung zu bringen ist;

Aus diesen Gründen

cassirt das Kgl. Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, Abtheilung II. das Urtheil des Zuchtpolizeigerichts zu Coblenz vom 2. Januar 1866 in soweit, als durch dasselbe die im ersten Urtheil ausgesprochene Wiederherstellung des Weges aufgehoben worden ist, verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des cassirten und legt dem Cassationsverklagten die Kosten des Verfahrens zur Last;

Und, in der Sache selbst erkennend, verwirft es die Berufung gegen das Urtheil des Polizeigerichts zu Creuznach vom 16. Juni 1865 jedoch mit der Maßgabe, daß die in diesem Urtheile dem öffentlichen Ministerium eingeräumte Befugniß, den Weg auf Kosten des Appellanten herstellen zu lassen, aufgehoben wird.

Legt endlich dem Beschuldigten auch die Kosten der Instanz zur Last.

Sitzung vom 12. April 1866.

Ref.: H. Geh. O.-Tr.-R. Reichensperger.

Concl.: H. O.-St.-A. Oppenhoff.

Armenpflege. — Lebenswierige Freiheitsstrafe.

Die Verpflichtung einer Gemeinde zur Armenpflege erlischt durch den Antritt einer lebenswierigen Freiheitsstrafe, namentlich wenn die Gefangenschaft 3 Jahre gedauert hat. Kehrt der Verurtheilte in Folge Begnadigung an seinen frühern Wohnort zurück, so ist betreffend der Armenpflege eine neue Erwerbung eines Hülfsdomicils nothwendig; tritt daher die Hülfsbedürftigkeit vorher ein, so hat der betreffende Landarmenfond die Unterstützung als Provinziallast zu gewähren.

Gesetz vom 3. Dezember 1842 über Landarmenpflege. §. 4 u. 9.

Digitized by Google

Limbach — Kgl. Regierung zu Trier.

Caspar Nennig kam 1840 in die Gemeinde Limbach, verheirathete sich hier, kam den 2. Februar 1842 in Untersuchungshaft, wurde den 13. März 1843 zu lebenslänglicher Zwangsarbeit verurtheilt, durch Allerhöchste Cabinetsordre vom 15. Juni 1863 begnadigt, kehrte zurück, und empfing bis an seinen den 23. November 1863 erfolgten Tod Unterstützung, wofür von der Gemeinde 55 Thaler 28 Silbergroschen aufgewendet wurden. Diese hat sie von dem Landarmenverband für Trier zurückgefordert, den 10. August 1864 ein den Anspruch zuerkennendes Urtheil des Friedensgerichts zu Trier erlangt, ist indeß durch reformatorisches Erkenntniß des Landgerichts zu Trier vom 28. Dezember 1864 kostenfällig abgewiesen worden, und hat hiergegen rechtzeitig Cassationsrekurs ergriffen.

Das Landgericht nimmt an, die Verurtheilung, welche nach damaligem Rechte den bürgerlichen Tod zur Folge hatte, sei auf das erworbene Unterstützungsdomicil ohne Einfluß gewesen, denn dem bürgerlich Todten lasse das Gesetz den Anspruch auf Alimente, also auch den Wohnsitz, so weit er Bedingung dieses Anspruches sei. Die Verbüßung einer auf Lebenszeit erkannten Freiheitsstrafe nehme die Eigenschaft einer „zeitlichen" an, sobald sie in dem Gnadenwege in eine solche übergehe. Das Wort „zeitlich" müsse in natürlichem Sinne verstanden werden, weil das Gesetz den strafrechtlichen Sinn nicht im Auge gehabt haben könne, da es vor Emanation des Strafgesetzbuches erlassen sei.

Cassationskläger behauptet Verletzung der §§. 4 und 9 des Gesetzes über die Armenpflege.

Der §. 4 gebrauche nicht den Ausdruck „zeitlich", dessen Gegensatz die Ewigkeit sei, sondern „zeitig" in dem Gegensatze zu „lebenslänglich", der auch dem damaligen Strafrechte, sowohl in dem allgemeinen Landrecht Theil 2, Titel 20, als in dem code pénal bekannt gewesen sei.

Der §. 4 setze voraus, daß die Veranlassung der Abwesenheit innerhalb der 3 Jahre als ein vorübergehendes Hinderniß habe angesehen werden können. Hier aber habe es die 3 Jahre hindurch als ein beständiges fortgedauert; während dieser ganzen Zeit habe der Angeklagte nicht eine zeitige, sondern eine lebenslängliche Freiheitsstrafe verbüßt. Es müsse also nach §. 5 des Gesetzes der Landarmenverband eintreten. Cassationsverklagter macht hiergegen geltend, daß es nach §. 4 des Gesetzes nicht darauf ankomme, welche Strafe erkannt, sondern welche nach den Worten des Gesetzes „abgebüßt" worden sei.

Nur freiwillige Aufgabe des Domicils und die stillschweigende freiwillige Aufgabe durch dreijährige Abwesenheit endige die Subsidiarverpflichtung der Gemeinde. Es sei gleichgültig, wann das thatsächliche Hinderniß des Aufenthaltes in der Gemeinde durch Verbüßung einer auf Lebenszeit erkannten Strafe in dem Gnadenwege dem Erfolge nach ein zeitiges werde, ob innerhalb oder nach Ablauf der ersten 3 Jahre seit der Entfernung.

Cassationskläger hat Vernichtung und zur Sache Verwerfung der Berufung, Cassationsverklagter Verwerfung des Rekurses beantragt.

In der heutigen öffentlichen Sitzung erstattete der Geh. Ober-Tribunalsrath von Daniels den Vortrag;

Digitized by Google

Der Justizrath Dorn und der Geh. Justizrath Reusche entwickelten ihre Gründe, Ersterer zur Unterstützung, Letzterer zur Entkräftung des Cassationsgesuches;

Der Ober-Staatsanwalt Oppenhoff wurde in seinem Antrage gehört, und nach vorheriger Berathung verkündigt folgendes

Urtheil:

In Erwägung, daß der §. 4 des Gesetzes über die Verpflichtung zur Armenpflege zu den blos vorübergehenden Verhältnissen, welche eine mehr als dreijährige Abwesenheit herbeiführen und doch gesetzlich den Verlust des Anspruches auf Armenpflege nicht begründen sollen, nicht jede zeitige Abbüßung einer Freiheitsstrafe rechnet, sondern, worauf auch die übrigen im Paragraph bezeichneten Beispiele hinweisen, nur die Abbüßung einer zeitigen, das heißt einer nicht auf Lebenszeit erkannten Freiheitsstrafe.

Daß eine Strafe der letztern Art die Absicht der Rückkehr von selbst ausschließt, ohne welche die Entfernung nicht als durch ein vorübergehendes Hinderniß veranlaßt angesehen werden kann;

Daß somit im vorliegenden Falle mit dem Antritte der gegen Nennig auf Lebenszeit im Jahre 1843 erkannten Zwangsarbeitsstrafe die Möglichkeit für denselben aufhörte, ein von dem angewiesenen Aufenthaltsorte verschiedenes Domicil zu haben;

Daß vielmehr in dem Falle der Begnadigung ein Wohnsitz nur durch neue Erwerbung begründet werden konnte;

Daß also die angegriffene Entscheidung die §§. 4 und 9 des Gesetzes vom 31. Dezember 1842 verletzt;

Aus diesen Gründen

cassirt das Königliche Ober-Tribunal, V. Civilsenat (Rheinischer Senat) das Erkenntniß des Königlichen Landgerichts zu Trier vom 28. Dezember 1864, verordnet die Beischreibung dieses Erkenntnisses an dem Rande des cassirten, legt dem Cassationsverklagten die Kosten zur Last und verordnet die Zurückgabe der erlegten Succumbenzstrafe.

Sodann zur Sache:

In Erwägung, daß durch mehr als dreijährige Abwesenheit der Wohnsitz des Caspar Nennig in der Gemeinde Limbach verloren worden ist und daher nach §. 4 des Gesetzes vom 31. Dezember 1842 die Pflicht dieser Gemeinde zur Armenunterstützung erloschen ist;

Daß, da der Nennig kein Unterstützungsdomicil unter einem anderen örtlichen Armenverbande erworben hat, nach §. 9 des Gesetzes die Fürsorge eine Provinziallast wurde, welche von dem Landarmenverbande getragen werden mußte;

Aus diesen Gründen

verwirft das Königliche Ober-Tribunal die Berufung des Cassationsverklagten wider das Urtheil des Königl. Friedensgerichts zu Trier vom 10. August 1864 und verurtheilt denselben in Kosten und Succumbenzstrafe zweiter Instanz.

Sitzung vom 10. April 1866.

Ref.: H. Geh. O.-Tr.-R. von Daniels.

Concl.: H. O.-St.-A. Oppenhoff.

Advokaten: Dorn — Reusche.

Digitized by Google

Oeffentliche Aufzüge auf öffentlichen Wasserstraßen. — Befreiung von der polizeilichen Erlaubniß.

Oeffentliche Wasserstraßen sind als „öffentliche Straßen" im Sinne der §§. 9 und 10 der Verordnung über das Vereinswesen vom 11. März 1850 nicht anzusehen; zu öffentlichen Aufzügen auf solchen Wasserstraßen bedarf es daher keiner vorgängigen polizeilichen Erlaubniß. *)

---

*) Das Gegentheil hatte in der Voruntersuchung der Anklagesenat des Appellhofes angenommen. Damals wurde geltend gemacht: Von den verschiedenen Bedeutungen, welche der Ausdruck „öffentliche Straße" in den Gesetzen habe, sei untergebens die weitere maßgebend;

Die §§. 9 und 10 der Verordnung vom 11. März 1850 verlangten die polizeiliche Erlaubniß für öffentliche Aufzüge, wenn sie in Städten und Ortschaften oder auf öffentlichen Straßen stattfinden sollten; diese Fassung des Gesetzes ergebe, daß dasselbe bei den öffentlichen Straßen an die Communicationen in Städten und Ortschaften nicht denke, sondern an die außerhalb der Städte und Ortschaften befindlichen öffentlichen Communicationswege jeder Art, die mit einem einzigen Ausdrucke generisch bezeichnet würden; dahin gehörten z. B. die Communalwege und Eisenbahnen, welche sonst nicht Straßen genannt zu werden pflegten (zu vergl. z. B. Strafgesetzbuch §. 344, al. 7 u. 8 §. 345, al. 9); ebenso gehörten dahin die öffentlichen Wasserstraßen; für eine beschränkende Auslegung liege keinerlei Grund vor, vielmehr würden die Motive des Gesetzes der versuchten Beschränkung entgegentreten; nach §. 9 der Verordnung und den Verhandlungen über letztere solle der Gefahr, welche für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung durch den Kontact mit einer erregbaren Bevölkerung etwa erwachse, nicht minder möglichen Verkehrsstörungen durch die Behörde vorgebeugt werden können; derartige Gefahren und Störungen seien gerade so gut, insbesondere bei der Ab- und Anfahrt, durch öffentliche Aufzüge auf Wasserstraßen möglich, bei welchen also beide Gründe des Gesetzes ebenmäßig zuträfen; die Wasserstraßen seien als öffentliches Eigenthum domaine public im Gegensatze zu propriété, derselben Staatsaufsicht unterworfen, wie die Landstraßen, — jene, wie diese dem Publikum, daß hierbei kein Privatrecht geltend mache, nur für die regelmäßige und gewöhnliche Benutzung, die bei demonstrativen Aufzügen nicht stattfinde, freigegeben; wenn der Ausdruck „Wasserstraße" ursprünglich etwas Bildliches enthalten haben sollte, so sei die Bildlichkeit durch langjährigen, vielfältigen Gebrauch aus dem Bewußtsein verschwunden; die Gesetze, die älteren wie die neueren, bedienten sich des Ausdruckes „Wasserstraße", um mit einem Worte schiffbare Flüsse, Ströme und Kanäle zu bezeichnen, so die Regierungsinstructionen vom 26. Dezember 1808 §. 1, ff. und vom 23. Oktober 1817 §. 3, al. 2e, das Gesetz vom 25. Januar 1838 §. 25, wo überall „Land- und Wasserstraßen" in Verbindung vorkämen, so die Allerh. Kabinets-Ordre vom 21. November 1845 und

Digitized by Google

Staatsbehörde — Classen-Kappelmann.

Durch Urtheil des Zuchtpolizeigerichts zu Köln vom 14. Februar currentis ist der Kaufmann Classen-Kappelmann von der Beschuldigung, in der Zeit von Mitte Juni bis 20. Juli praeteriti zu einem öffentlichen Aufzuge auf einer öffentlichen Straße vor Eingang der hierzu erforderlichen polizeilichen Erlaubniß aufgefordert zu haben, freigesprochen worden, indem dasselbe erwog, daß der Beschuldigte zwar die betreffenden Aufforderungen verfaßt und erlassen habe, zu der beabsichtigten Festfahrt auf dem Rheine aber eine polizeiliche Erlaubniß nicht nothwendig gewesen sei, weil der Rhein als „öffentliche Straße" im Sinne der §§. 9 und 10 des Vereinsgesetzes vom 11. März 1850 nicht angesehen werden könne.

Auf den Cassationsrekurs des Oberprokurators erging folgendes Erkenntniß:

Die hiergegen eingelegte Berufung wurde durch Urtheil der correctionellen Appellationskammer vom 8. März curr. aus den Gründen des ersten Richters verworfen.

Urtheil:

J. E., daß sowohl nach dem allgemeinen Sprachgebrauche, als nach der Terminologie der Gesetzgebung der Ausdruck „öffentliche Straßen"

---

das dazu gehörige Regulativ, so wie der Allerh. Erlaß vom 4. April 1853; der Rhein, die älteste und wichtigste Straße der Provinz, werde wiederholt Wasserstraße, Rheinstraße genannt in dem Rheinschiffahrtsakte vom 31. März 1831, Art. 3, 4, 6 und 10. Das Vereinsgesetz folge daher nur einem usuellen Sprachgebrauche, indem es unter seinen „öffentlichen Straßen", welche ihm den Gegensatz zu den Straßen in Städten und Ortschaften bildeten, die Wasserstraßen mit begreife, wie denn auch nicht abzusehen sei, daß das nämliche Gesetz, welches für öffentliche Aufzüge, auf allen Arten von öffentlichen Landwegen die polizeiliche Erlaubniß verlange, die öffentlichen Aufzüge auf öffentlichen Wasserstraßen gerade so völlig freigegeben haben sollte, als wenn sie auf Privatgrundstücken stattfinden sollten; daß der Rhein, dessen Internationalität kein Hinderniß für die Anwendbarkeit der Verordnung vom 11. März abgebe, in alter und neuerer Zeit oft zu solennen Aufzügen benutzt worden, sei bekannt.

Beschluß:

J. E., daß im §. 10 der Verordnung über das Vereinsrecht vom 11. März 1850 für öffentliche Aufzüge, wögen sie in Städten und Ortschaften, oder wie es außerdem zufällich heißt, auf öffentlichen Straßen stattfinden, die polizeiliche Genehmigung erfordert wird, und aus dieser Wortfassung sowohl als aus den für den Gesetzgeber leitend gewesenen Rücksichten hervorgeht, daß der Begriff der „öffentlichen Straßen" eine einschränkende Auslegung nicht zu erleiden hat, mithin die öffentlichen Wasserstraßen, zu welchen der Rhein unzweifelhaft gehört, nicht weniger, wie die Landstraßen in sich schließt.

Anklagesenat. Sitzung vom 29. Dezember 1865.

Digitized by Google

in Ermangelung anderweiter Zusätze und Beziehungen, nur die zur Communikation auf dem festen Lande bestimmten Räumlichkeiten in sich begreift;

Daß insbesondere das Strafgesetzbuch in dem Falle, wo es das in Betreff der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze Festgestellte auch hinsichts der Wasserstraßen als maßgebend betrachtet wissen will, nämlich im §. 218 Nro. 4, betreffend den Diebstahl mit erschwerenden Umständen, die Wasserstraßen ausdrücklich erwähnt, während es in dem analogen Falle des §. 232 Nro. 3 betreffend den qualificirten Raub auf öffentlichen Wegen oder Plätzen ohne gleichzeitige Erwähnung der Wasserstraßen, auf diese letzteren nicht hat bezogen wissen wollen, wie sich daraus ergiebt, daß ein in der Commission der II. Kammer (Seite 125) dahin gerichteter Antrag, auch die Wasserstraßen zu nennen, abgelehnt worden ist, weil bei den auf Flüssen verübten Räubereien diejenigen Gründe, welche die Verschärfung bei dem eigentlichen Straßenraube bedingen, nicht in gleichem Maße vorlägen;

Daß hiernach die im §. 10 des Vereinsgesetzes vom 11. März 1850 enthaltene Vorschrift, wornach den im §. 9 erwähnten Versammlungen öffentliche Aufzüge in Städten und Ortschaften oder auf öffentlichen Straßen gleichgestellt werden, an und für sich die auf öffentlichen Gewässern abzuhaltenden Aufzüge nicht in sich begreift, eine weitergehende Absicht des Gesetzgebers auch nicht aus dem Umstande hergeleitet werden kann, daß nach dem Inhalte des Commissionsberichts, die polizeiliche Genehmigung für Aufzüge auf allen öffentlichen Straßen vorgeschrieben werden sollte, diese Aeußerung vielmehr ihre Erklärung in dem Umstande findet, daß im §. 11 der oktroyrten Verfassung vom 29. Januar 1849 nur die in Städten und Ortschaften, nicht auch die außerhalb derselben abzuhaltenden öffentlichen Aufzüge den Versammlungen gleichgestellt waren, diese letztere Beschränkung aber in dem neuen Vereinsgesetze beseitigt werden sollte und durch die vorbezeichnete Fassung als beseitigt erachtet worden ist, während nichts darauf hindeutet, daß die ursprünglich auf das Innere der Gemeinden beschränkte Bestimmung auch auf die sogenannten Wasserstraßen ausgedehnt werden sollte;

Daß auch die Bestimmungen des Vereinsgesetzes hinsichtlich der öffentlichen Versammlungen nicht zur Erläuterung und Ergänzung der, die öffentlichen Aufzüge betreffenden Vorschriften angerufen werden können, weil nach §. 9 l. c. alle öffentlichen Versammlungen unter freiem Himmel der schriftlichen Genehmigung der Ortspolizei-Behörde bedürfen, während nach §. 10 ibid. jenen Versammlungen nicht schlechthin alle öffentlichen Aufzüge, sondern nur diejenigen gleichgestellt sind, welche innerhalb der Städte und Ortschaften oder auf öffentlichen Straßen abgehalten werden, im vorliegenden Falle aber eine Verletzung der, das Versammlungsrecht betreffenden Bestimmungen um so weniger Platz greifen kann, weil die darauf gerichtete Verfolgung durch Beschluß des Anklagesenats eingestellt und nach den, in den Instanzen, Statt gehabten, Verhandlungen dem erkennenden Richter eine zwingende Veranlassung nicht gegeben worden ist, sich über das Vorhandensein jenes Delictes auszusprechen;

Daß endlich der Grund des Gesetzes, nämlich die Aufrechthaltung der öffentlichen Sicherheit gegenüber der durch öffentliche Aufzüge herbeigeführten Gefahr des Zusammenlaufs einer unbegrenzten Zahl von Menschen, bei öffentlichen Aufzügen auf Wasserstraßen nicht einmal in gleichem Maße wie auf den Landwegen zutrifft, weil die Betheiligung der Volksmassen

Digitized by Google

an Jenen nicht blos von der Willensentschließung der Einzelnen, sondern zugleich von der erforderlichen Fahrgelegenheit bedingt ist;

Daß sonach die behauptete Verletzung der §§. 10 und 17 des Vereinsgesetzes nicht vorliegt;

Aus diesen Gründen

verwirft das Königl. Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, Abtheilung II. den Kassationsrekurs wider das Urtheil der correctionellen Appellationskammer des Königl. Landgerichts zu Köln vom 8. März 1866 als unbegründet.

Sitzung vom 24. Mai 1866.

Ref.: H. Geh. O.-Tr.-R. Reichensperger.

Conc.: H. O.-St.-A. Oppenhof.

Advokat: Dorn.

Fälschung. — Fragestellung.

Wenn ein gefälschtes Schriftstück für sich allein keine Urkunde darstellt, sondern diesen Charakter nur durch Verbindung mit andern Umständen z. B. den Statuten eines Vereins erhält, so sind in die den Geschworenen zu stellende Fragen auch rücksichtlich dieser Verbindung nur rein thatsächliche Momente aufzunehmen, andernfalls Cassation eintritt. *)

---

*) Die Angeklagten hatten bei verschiedenen Sterbeauflagen in der Gegend von Elberfeld den Tod zahlreicher aufgenommener Personen vorgegeben und durch die falschen Atteste dargethan, und so betrügerischer Weise die Sterbegelder zu erheben gewußt.

Daß den Geschworenen die Subsumtion der für falsch erkannten Schrift unter das Gesetz, die Lösung der Frage, ob nach dem Gesetze die Schrift eine Urkunde darstelle, fremd sei, ist allgemein anerkannt. Indeß dürfte dieser Gesichtspunkt untergebens nicht zur Sprache kommen. Unter den Urkunden, d. h. den Schriften, welche irgend ein Rechtsverhältniß zu erweisen geeignet oder für dasselbe von Erheblichkeit sind, hat man zwei Arten zu unterscheiden, die hier der Kürze wegen — absolute und relative Urkunden genannt werden mögen. Jene beweisen, unter das Gesetz gefaßt, für sich allein; die relativen beweisen, für sich allein mit dem Gesetze bemessen, nichts; sie beweisen dagegen in Verbindung mit einer außer ihnen liegenden Thatsache, etwa einer Uebereinkunft der Betheiligten, wonach der Schrift die Beweiskraft für die darin niedergelegte Thatsache zukommen soll. Gerade der vorliegende Fall bietet ein veranschaulichendes Beispiel. Die schriftliche Erklärung eines Arztes über das Ableben einer Person hat weder für sich allein, noch in Verbindung mit der formlosen Beglaubigung des Civilstandsbeamten nach Rheinischem Rechte irgend welche Beweiskraft; enthält aber das Statut einer

Digitized by Google

Vom Anklagesenat sind
1) Heimrath
2) Burg
sodann zwei andere hier nicht in Betracht kommende Personen, und zwar der Angeklagte unter 1 wegen gemeiner Urkundenfälschungen, der unter

---

Sterbe-Casse die (etwa der Kostenersparung halber getroffene) Bestimmung, es solle der Tod eines Mitgliedes, wenn es sich um den Anspruch auf Sterbegelder handelt, durch eine ärztliche Bescheinigung erwiesen werden können, so ist hiermit die Beweiskraft, der Urkunden-Charakter der Schrift hergestellt. Die sehr einfach organisirten und auf kleine Verhältnisse berechneten „Sterbeauflagen", gegen welche untergebens die Betrügereien verübt wurden, enthielten nun, theils ausdrücklich, theils vermöge alten, der expressa conventio gleichwirkenden Herkommens jene Bestimmung, und der Sinn und Zweck der den Geschworenen vorgelegten Fragen, ob die gefälschten Schriften zum Nachweise des Anspruchs auf Sterbegelder gegen die betreffenden Sterbeauflagen von Erheblichkeit gewesen seien, war lediglich der, die Thatsache zu constatiren, daß jene Schriften nach der statutarischen Festsetzung die Todesfälle beweisen. Indem die Geschworenen sich dieser Lösung unterzogen, waren sie weit entfernt, ein Urtheil abzugeben, daß die Schriften nach dem Gesetze für Urkunden zu gelten hätten; sie constatirten ein ihrem Gesichtskreise schwerlich unzugängliches, thatsächliches aus den statutarischen Satzungen sich ergebendes Verhältniß. Dem Assisenhofe mußte diese Thatsache von den Geschworenen dargeboten werden, er konnte sie nicht supploiren, weil er hiermit einen thatsächlichen Bestandtheil des Delicts, der die Schriften zu Urkunden stempelte, constatirt haben würde. Wollte man einwenden, daß immerhin noch in der Antwort der Geschworenen eine rechtliche Beziehung unterlaufe, so ist zu erwidern, daß es bekanntlich unmöglich erscheint, aus der Mission der Geschworenen schlechthin die Beurtheilung gewisser untergeordneter rechtlicher Momente auszuscheiden; wenigstens ist es Ansicht der hiesigen Jurisprudenz, daß ein solches Princip, mit Rücksicht auf die Nothwendigkeit einer höchst schwierigen und künstlichen Spaltung und Vermehrung der Fragen, das Geschworenen-Institut eher verkümmern als stärken würde.

Die Schriften, denen nach der oben gewählten Bezeichnung, der Charakter relativer Urkunden zukommt, spielen in der Praxis der Lebens und im Civilprozeß eine nicht unerhebliche Rolle. Der Bauherr z. B., welcher seinen Handwerkern Zahlung zusagt, sobald sie durch eine Bescheinigung seines Bauführers die richtige Ablieferung darthun, schließt damit eine Uebereinkunft, welche dem, sonst beweislosen schriftlichen Zeugnisse des Bauführers die Urkunden-Eigenschaft gibt; und wenn eine Renten-Versicherungs-Anstalt das Attest jedes mit einem Dienstsiegel betrauten Beamten als beweisend für die Thatsache des Fortlebens eines Rentberechtigten annimmt, so haben nach dem Gesetze die meisten solcher Atteste keine Beweiskraft; letztere erwächst ihnen aber aus einer hinzutretenden

Digitized by Google

2 wegen Theilnahme an diesen Verbrechen, vor den Assisenhof in Elberfeld verwiesen worden.

Hier wurden in Betreff des Angeklagten Heimrath den Geschworenen fünf ganz gleichartige Fragen vorgelegt, von denen der Kürze wegen nur eine mitgetheilt werden soll:

„Ist der Angeklagte Heimrath schuldig: in der Absicht sich Gewinn zu verschaffen, eine Schrift vom 1. März d. J., enthaltend eine Bescheinigung des Dr. med. Urner über den Tod der Ehefrau Burgmann und die darunter befindliche Beglaubigung des Civilstands-Beamten — eine Schrift,

---

Thatsache — dem Statute der Anstalt; im Fälschungsfalle wäre dieser Gehalt des Statuts durch die Geschworenen festzustellen.

Man wirft Zweifel auf, ob die relativen Urkunden überhaupt unter den §. 247 des Str.-G.-B. fallen, derselbe sich nicht vielmehr auf solche Schriften beschränke, welche ohne außer ihnen liegende Thatsachen für ein Rechtsverhältniß beweisfähig sind. Die erstere Alternative möchte die richtigere sein, mit der Modifikation jedoch, daß die Schrift, der durch Vertrag die — ihr sonst abgehende — Beweiskraft innewohnt, um als Urkunde zu gelten, einen selbstständigen, gemeinverständlichen Sinn haben muß, nicht in bloßen Schriftzeichen oder zusammenhanglosen Worten bestehen darf. Die Wortfassung des §. 247, al. 2 gibt sicherlich für die Ausschließung der relativen Urkunden keinen Anhalt; es ist im Gegentheil in der Ausdrucksweise ein Ringen nach weiter Ausdehnung des Begriffs der Urkunde unverkennbar, wie denn auch schwer abzusehen ist, warum ein Strafgesetz, welches eine besondere Garantie für die Aechtheit der concrete Rechtsverhältnisse beweisenden Schriften bezweckt, die Schriften ausgeschlossen haben sollte, die zwar nicht aus dem Gesetze allein, wohl aber aus einem hinzutretenden Vertrage ihre Beweiskraft herleiten. Die Feststellung der ergänzenden Thatsache ist dann Beruf der Geschworenen.

Noch eine Bemerkung über den verwandten Fall der Fälschung einer Schrift, die nach hiesigem Civilrecht als Anfang eines schriftlichen Beweises zu gelten hätte. Wäre die oben mißbilligte Ansicht über die Nothwendigkeit der Beschränkung des al. 2 des §. 247 richtig, so möchte es consequent sein, in dem angeregten Falle, sollte es sich auch z. B. um einen Kaufact handeln, dem lediglich der Vermerk doppelter Ausfertigung fehlt, niemals eine Urkunden-Fälschung anzuerkennen, da der Assisenhof bei Lösung der Frage, ob die betreffende Schrift diese oder jene rechtliche Thatsache genügend wahrscheinlich machen würde, vom Gesetze im Stiche gelassen wird, vielmehr ein rein thatsächliches Urtheil abzugeben hätte, was er nach seinen Attributionen nicht thun soll. Unseres Erachtens wird in nicht seltenen Fällen, wo ein gefälschtes commencement de preuve par écrit vorliegt, Urkunden-Fälschung gegeben sein: die Geschworenen mögen und können sich dann über den Punkt aussprechen: „Macht die Schrift diesen oder jenen Vertrag, diese oder jene Thatsache wahrscheinlich?“ Dem Assisenhofe würde hierdurch die Basis für seine rechtlichen Folgerungen geschaffen. In der That hat die Praxis diesen Weg öfters eingeschlagen.

Digitized by Google

welche zum Nachweise des Anspruchs auf Sterbegelder gegen die Sterbeauflage Rohleder von Erheblichkeit war — fälschlich angefertigt und von dieser falschen Schrift bei der Sterbeauflage Rohleder zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht zu haben?"

Hinsichtlich des Angeklagten Burg lauteten die Fragen auf Theilnahme.

Auf Grund bejahender Aussprüche erging ein die Angeklagten zu Zuchthausstrafen und Geldbußen verurtheilendes Erkenntniß des Assisenhofs.

Burg legte Cassation ein, weil mit Unrecht die Strafe der Theilnahme an der qualificirten Fälschung des §. 251 des Str.-G.-B. zur Anwendung gebracht sei.

Erkenntniß:

In E., daß die den Geschworenen hinsichtlich des Angeklagten Heimrath vorgelegte 1., 6., 8., 14., 17. und 19. Frage, die Schriftstücke, deren Fälschung demselben zur Last gelegt wird, nicht bloß thatsächlich bezeichnet und den Ausspruch der Geschworenen nicht bloß darüber verlangt hat, ob der genannte Angeklagte schuldig sei, dieselben fälschlich angefertigt und davon bei der Verwaltung der Sterbeauflage Rohleder zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht zu haben, sondern auch zur Aufgabe der Geschworenen die Beurtheilung und Entscheidung darüber machte, ob diese Schriftstücke für den Nachweis von Ansprüchen auf Sterbegelder gegen die Sterbeauflage Rohleder von Erheblichkeit seien;

Daß die Erheblichkeit eines Schriftstückes zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen, welche dasselbe nach dem 2. Satze des §. 247 des Str.-G.-B. haben muß, damit es als Urkunde gelten und dessen Fälschung als Urkundenfälschung bestraft werden könne, nicht rein thatsächlicher Natur ist, vielmehr die rechtliche Beweiskraft einer gewissen, thatsächlich feststehenden Schrift für ein Rechtsverhältniß nach Form und Inhalt in sich begreift und nicht bloß aus der thatsächlichen, sondern zugleich aus der rechtlichen Beziehung zwischen der Schrift und einem mit deren Hülfe dem Richteramte darzulegenden Rechtsanspruche im Sinne des §. 247 gefolgert werden muß;

Daß demnach die Beurtheilung, ob die fraglichen Schriften für den Nachweis von Ansprüchen gegen die genannte Sterbeauflage von Erheblichkeit, oder ob sie überhaupt Urkunden im strafrechtlichen Sinne seien, von dem Königl. Assisenhofe nicht zur Aufgabe der Geschworenen, als Richtern der That, gemacht werden konnte, sondern dem Assisenhofe selbst anheimfiel, nachdem die Geschworenen zuvor auf die geeignete Fragestellung sowohl die Beschaffenheit der in Rede stehenden Schriften als ihr etwaiges rein thatsächliches Verhältniß zu sonstigen, für deren rechtliche Erheblichkeit anzuführenden Umständen festgestellt hatten;

Daß der Königl. Assisenhof daher, indem er den Geschworenen die Frage über die rechtliche Erheblichkeit der bezeichneten Schriften zum Beweise von Ansprüchen an die Sterbe-Casse zur Entscheidung vorlegte, die Art. 337—339 u. 344 der Rhein. Str.-Pr.-O. verletzt, indem er ohne irgend eine Beurtheilung dieser Erheblichkeit von seiner Seite auf Grund der Aussprüche der Geschworenen den Angeklagten Heimrath aus den §§. 247—251 des Str.-G.-B. zu Strafen verurtheilt, diese Paragraphen unrichtig angewendet hat;

Daß die Verurtheilung des Cassationsklägers Burg auf die Antworten zur 2., 7., 9., 15., 18. und 20. Frage wegen Theilnahme an den durch

Digitized by Google

die vorgedachten Verdicte nicht gehörig festgestellten Urkundenfälschungen des Heimrath aus denselben citirten Paragraphen in Verbindung mit §. 34 des Str.-G.-B. erfolgt ist, somit wegen Verletzung derselben und der citirten Artikel der Vernichtung unterliegt;

Aus diesen Gründen

cassirt das Königl. Ober-Tribunal u. s. w., das Urtheil des Königl. Assisenhofes zu Elberfeld vom 18. Mai 1866 u. s. w., und verweiset die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung dem Angeklagten Burg gegenüber an den Königl. Assisenhof zu Düsseldorf.

Sitzung vom 5. Juli 1866.

Ref.: H. G. O.-Tr.-R. v. Seckendorff.

Concl.: H. O.-St.-A. Oppenhoff.

Schenkungen eines Ehegatten an den andern im Ehevertrag. — Unwiderruflichkeit wegen Undanks.

Schenkungen eines Ehegatten an den andern im Ehevertrag sind wegen Undanks nicht widerrufbar.

Bogen — Bogen.

Durch Urtheil vom 12. Januar 1865 (cf. Rhein. Arch. 59, 1. p. 109) hatte der Rhein. Appell.-Ger.-Hof in der Sache der Erben Bogen gegen die Wittwe Franz Bogen obigen Grundsatz ausgesprochen. Gegen dieses Urtheil haben die Erben Bogen rechtzeitig den Cassationsrecurs angemeldet und Verletzung der Art. 299, 953, 955, 957, 959, 960, 1087, 1088 und 1395 des B.-G.-B. behauptet. Es wird ausgeführt, als eine Schenkung zu Gunsten der Ehe (Art. 959) könne nur eine solche verstanden werden, welche von Seiten dritter Personen gemacht sei und darum der Ehe als solcher und den künftigen Kindern zu Gute käme. Was aber ein Ehegatte dem andern schenke, komme diesem persönlich, nicht der Ehe zu Gute; der Ausdruck donation en faveur de mariage sei auch nur im Cap. 8, wo von den Schenkungen Dritter gehandelt werde, nicht auch im Cap. 9 anzutreffen. Der Art. 1088 sei nach seiner Stellung im Cap. 8 auf Schenkungen unter Ehegatten nicht direct, sondern nur kraft der stillschweigenden Voraussetzung des Abschlusses der Ehe anwendbar. Art. 1087 habe für die Schenkungen unter Ehegatten keinen Sinn, da ihre Acceptation in der Aufnahme des Ehevertrages liege. Der Art. 960 sei incorrect redigirt, indem er eine Regel für Schenkungen kinderloser Personen aufstelle und von dieser Regel die Schenkungen ausnehme, welche Ascendenten zu Gunsten der Ehe eines ihrer Nachkommen oder welche Ehegatten einander machen. Mit Recht sagt Marcadé, daß die desfallsigen Worte nicht eine Ausnahme, sondern eine Erläuterung des Princips der Widerruflichkeit der Schenkungen wegen nachgeborner Kinder enthalten. Diese Widerruflichkeit solle für alle Schenkungen gelten, welche von Personen ausgegangen sind, die zur Zeit der Schenkung keine Kinder hatten; finde folgeweise keine Anwendung auf Schenkungen, welche Ascendenten ihren Descendenten machen. Diese Regel gelte selbst für die en

Digitized by Google

faveur de mariage (das heißt von Dritten) gemachten Schenkungen, hier finde sie aber auch ihre Grenze und sei nicht anwendbar auf Schenkungen, welche ein Ehegatte dem andern gemacht habe.

Bei den Discussionen zum Art. 959 sei auch hauptsächlich hervorgehoben worden, daß die aus der Ehe entsprossenen Kinder nicht das Opfer des Undanks des Geschenknehmers sein dürften; dies sei aber nur zutreffend, wenn man unter donations en faveur de mariage die von Dritten gemachten verstehe. Wortlaut und Motiv ständen hier im Einklang, während der Appellhof zu dem Auskunftsmittel greifen müsse, daß noch andere Motive, als die ausgesprochenen, den Gesetzgeber bestimmt haben könnten. Die Zulässigkeit der Widerrufsklage bei Schenkungen unter Ehegatten nach dem älteren Rechte sei zwar nicht beweisend für das neuere Recht, spreche aber doch für dieselbe, so lange der Wortlaut des neueren Gesetzes nicht die Absicht einer Aenderung erkennen lasse. Der Appellhof müsse consequenter Weise annehmen, daß auch im Falle der séparation de corps der beleidigte Gatte die Schenkungen des Ehevertrages nicht widerrufen könne, weil Art. 299 nur von der Ehescheidung spreche, während es doch der Natur der Sache zuwiderlaufe, daß der schuldige Ehegatte, gegen welchen auf Separation erkannt sei, im Besitze der im Ehevertrag ihm zugesicherten Schenkungen bleibe. Das Richtige sei, daß der beleidigte Gatte die Wahl habe, ob er zum äußersten Mittel der Separation schreiten, oder nur Aufhebung der unter der stillschweigenden Voraussetzung der Dankbarkeit gemachten Schenkungen fordern wolle.

Das dem Art. 1395 vom Appellhof entnommene Argument sei ohne Halt, eben so dessen Erwägung, daß die im Ehevertrag unter den Ehegatten gemachte Schenkung nicht immer ein Act der Liberalität sei, sondern das Resultat einer Stipulation sein könne. Der Pariser Cassationshof sei schließlich eben sowohl dieser von den Cassationsklägern geltend gemachten Doctrin beigetreten und habe sie seit dem Jahre 1845 constant aufrecht erhalten; hinsichtlich der desfallsigen französischen Jurisprudenz wird auf eine Denkschrift vom 27. Mai 1864 Bezug genommen. Selbst wenn man aber der Rechtsansicht des Appellhofes beitreten wollte, so habe derselbe durch einfache Bestätigung des Urtheils erster Instanz sich mit Art. 957 in Widerspruch gesetzt, da nach dem Tode des ꝛc. Bogen eine Revocation der Schenkung durch eine Ehescheidungsklage nicht mehr möglich gewesen sei; dessen Erben seien berechtigt gewesen, die articulirte Undankbarkeit zu rügen, da zur Zeit ihres Eintritts in den Prozeß noch kein Jahr seit Begehung des Delicts verstrichen war.

Es wird beantragt: das Urtheil vom 12. Januar curr. zu cassiren.

Seitens der Cassationsverklagten wird erwidert, die dem Wortlaute des Art. 959 entsprechende Auffassung desselben Seitens des Appellhofes sei nicht widerlegt worden. Der Art. 1395 stelle als allgemeinen Grundsatz auf, daß die Eheverträge keiner Abänderung während der Ehe empfänglich seien, und dies beziehe sich auch auf alle im Ehevertrag enthaltenen Schenkungen unter den Ehegatten (Abhandlung bei Sirey 1822, 2, 365.) Solche Schenkungen hätten den Charakter eines zweiseitigen, onerosen Vertrages und bildeten eine Bedingung der Eheschließung. Noch mehr sei dies der Fall bei wechselseitigen Schenkungen, wie der hier vorliegenden; dieselben seien gewissermaßen ein vertragsmäßiges Vermächtniß. Verträge können aber einseitig nicht widerrufen werden, Eheverträge nicht einmal mit beiderseitiger Einwilligung (Art. 1395.)

Digitized by Google

Wenn man die Schenkungen unter Ehegatten auch als Liberalitäten behandeln wollte, so könnten sie nach Art. 959 wegen Undanks nicht revocirt werden, da unter einer Schenkung zu Gunsten einer Ehe jede Schenkung verstanden werden müsse, durch welche der Abschluß der Ehe befördert werde. Nirgend hätte das Gesetz den Worten „en faveur de mariage“ eine engere Bedeutung beigelegt, als den Worten „par contrat de mariage,“ dieselben vielmehr als gleichbedeutend behandelt, wie sich aus der Ueberschrift von Cap. 8 u. 9 und den einzelnen Artikeln ergebe. Der Ausdruck: „donation faite en faveur de mariage“ komme nur im Art. 1088 vor, dieser zeige aber, daß er auch auf die Schenkungen unter Ehegatten anzuwenden sei, letztere mithin auch Schenkungen en faveur de mariage darstellten. Auch die Art. 1087 u. 1093 enthielten Bestimmungen, welche beiden Arten der Schenkungen gemeinschaftlich seien, was nicht hätte geschehen können, wenn der behauptete Gegensatz bestände.

Die von der Gegenseite hervorgehobene ratio legis treffe bei beiden Arten der Schenkung gleichmäßig zu; die Vollziehung der Ehe werde bei beiden vorausgesetzt und die Unterschrift der Ehegatten müsse bei beiden dieselbe Wirkung haben.

Der Art. 960 bezeichne aber auch ausdrücklich die Schenkungen unter den Ehegatten als donations faites en faveur de mariage, der Art. 959 müsse sich daher auch auf Schenkungen unter Ehegatten beziehen. Ein Redactionsfehler liege im Art. 960 gar nicht vor. Es habe dem Zweifel vorgebeugt werden sollen für den Fall, daß der Geschenknehmer zur Zeit der Schenkung das einzige Kind war und späterhin dem Schenker Eines nachgeboren würde (Duranton 4, 477.) Das bei Abfassung des Art. 959 ausgesprochene Motiv, daß die Kinder nicht das Opfer des Undanks des Geschenknehmers werden dürften, schließe nicht das Vorhandensein anderer, beide Arten von Schenkungen umfassender Motive aus. Wenn ein Dritter einem der Ehegatten einen Nießbrauch schenke, so lasse er das Interesse der Kinder unberührt, während umgekehrt eine Schenkung unter Ehegatten mit Rücksicht auf das Interesse der Kinder gemacht sein könnte.

Auch nach dem älteren Rechte sei eine selbstständige Revocationsklage ohne Erwirkung der Separation nicht zulässig gewesen und es sei nicht zu erkennen, daß das neue Gesetz, welches die Ehescheidung und die Separation zugelassen, hieran habe ändern wollen. Würde dieser Weg betreten, so könne nach Art. 231 und 299 B.-G.-B. die Revocation der an einen der Ehegatten gemachten Schenkungen erreicht werden, da die im Art. 955 Nummer 2 bezeichneten Fälle des Undanks auch die letztere Klage begründen. So lange aber der beleidigte Gatte die Ehe fortbestehen lasse, blieben auch die Art. 1395 u. 959 l. c. in Kraft; mit der Würde der Ehe sei es unverträglich, dieselbe fortbestehen zu lassen und den andern Ehegatten durch die Revocationsklage wegen Undanks zu prostituiren. Bis zum Jahre 1845 hätte der Pariser Cassationshof die Revocation nicht einmal in Verbindung mit der Separationsklage zugelassen, ebenso viele Autoren; Troplong halte sie auch jetzt noch nur in Verbindung mit der Separationsklage für zulässig, beide Klagen könnten nicht facultativ neben einander bestehen: die richtigen Grundsätze des Appellurtheils führten auch nicht zu der Consequenz, daß im Falle der Separation ein Widerruf der Schenkungen ebenwohl unzulässig wäre, wie dies die neuere Jurisprudenz des Pariser Cassationshofes seit 1845 beweise. Was den Art. 957 anlange, so sei er auf die en faveur de mariage gemachten Schenkungen,

Digitized by Google

also auf die vorliegende überhaupt nicht anwenddar. Die gegenwärtige Klage sei aber von den Erben des ꝛc. Bogen nicht angestellt, sondern nur fortgesetzt worden, mithin dauere die ursprüngliche Unzulässigkeit derselben fort, die Erben könnten derselben ein eigenes Klagerecht nicht substituiren. Der Pariser Cassationshof habe in den Urtheilen vom 26. Februar und 10. März 1856 nicht im Sinne der Gegner, sondern Troplongs erkannt, welcher einen Widerruf der Schenkungen unter Ehegatten nur auf Grund eines Separationsurtheils zulasse und den Erben eine selbstständige Revocationsklage nur dann einräume, wenn der beleidigte Ehegatte innerhalb des Jahres des Delicts sterbe, ohne es zu kennen oder die Zeit gehabt zu haben, es zu verfolgen. In den vom Pariser Cassationshof entschiedenen Fällen sei die Klage von den Erben, nicht, wie hier, vom Ehegatten selbst angestellt worden; diese letztere erachte Troplong für unzulässig und ebenso der Pariser Cassationshof.

Es wird beantragt: den Cassationsrecurs unter Verurtheilung der Cassationskläger in die Kosten zu verwerfen.

Nach vorheriger Berathung verkündigt folgendes

Urtheil:

In E., daß der Art. 959 B.-G.-B. allgemein und ohne jede Beschränkung die zum Vortheil der Ehe gemachten Schenkungen dem Widerrufe wegen Undankbarkeit entzieht und insbesondere die von dem Ehegatten unter einander gemachten Schenkungen nicht ausnimmt;

Daß vielmehr nach der Fassung des Art. 960 ibid. und nach dem materiellen Inhalt des Art. 1087 u. 1088 ibid. nicht zu bezweifeln ist, daß diese letztern ebenwohl als zum Vortheil der Ehe gemacht angesehen worden sind, wie sie denn auch in ähnlicher Weise, wie die Schenkungen Dritter, geeignet sind, die Eingehung der Ehe zu befördern;

Daß jene Schenkungen der Ehegatten selber einen wesentlichen Zusammenhang mit dem Ehebündniß haben und nur mit demselben gelöst werden können, indem es mit der Würde der Ehe nicht verträglich ist, diese letztere zwar unangefochten fortbestehen, die Undankbarkeit des einen Ehegatten aber gerichtlich feststellen und die ihm gemachten Schenkungen aberkennen zu lassen;

Daß sonach die als verletzt bezeichneten Gesetzesstellen richtig angewendet worden sind, insbesondere auch das den Erben selbstständig nach Art. 957 zustehende Klagerecht nicht in Betracht kommen kann, weil die Erben eine solche Klage nicht angestellt, vielmehr nur die bereits von ihrem Erblasser angestellte Klage fortgesetzt haben;

Aus diesen Gründen

verwirft das Königl. Ober-Tribunal, V. — Rheinischer — Civil-Senat, den Cassationsrecurs wider das Urtheil des Rhein. Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 12. Januar 1865 und verurtheilt die Cassationskläger in die gesetzliche Succumbenzstrafe und in die Kosten.

Sitzung vom 28. November 1865.

Ref.: H. G. O.-Tr.-R. Reichensperger.

Concl.: H. O.-St.-A. Oppenhoff.

Advokaten: Dorn — Reusche.

Digitized by Google

Kleinhandel mit geistigen Getränken. — Größe der Gefäße.

In dem Gebiete der Allerh. Cabinets-Ordre vom 7. Februar 1835 ist die Größe der Gefäße gesetzlich nicht fixirt, unter welcher der Verkauf geistiger Getränke den Charakter des verbotenen Kleinhandels annimmt; es ist Sache des erkennenden Richters nach den Umständen des einzelnen Falls dies zu bemessen.

Oeffentl. Ministerium — Schumacher u. Rubens.

Der Brantweinbrenner Carl Heinrich Schumacher, wohnhaft zu Sonnborn, und der Schuhmacher Carl Rubens, wohnhaft zu Cronenberg, sind durch das unter'm 17. Mai curr. von der correctionellen Appellationskammer des Königl. Landgerichts zu Elberfeld bestätigte Erkenntniß der Zuchtpolizeikammer dieses Landgerichts vom 14. April curr. von der gegen sie erhobenen Beschuldigung:

seit längerer Zeit zu Cronenberg einen Kleinhandel mit Branntwein getrieben zu haben, ohne die erforderliche polizeiliche Concession zu besitzen und ohne als Kleinhändler mit geistigen Getränken in der Bürgermeisterei Cronenberg in der Gewerbesteuer veranlagt zu sein,

freigesprochen und zwar aus folgenden, vom ersten Richter ausgeführten, vom zweiten Richter lediglich adoptirten Gründen:

Daß die vom öffentl. Ministerium angezogenen Gesetze — Allerh. Cabinets-Ordre vom 7. Februar 1835 und 21. Juni 1844, §§. 55 und 177 der allgemeinen Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845 — eine bestimmte Grenze des Kleinhandels mit Getränken nicht feststellen;

Daß die angezogene Ministerial-Verfügung (Circular-Rescripte des Ministeriums des Innern für Gewerbeangelegenheiten und des Innern und der Polizei vom 13. August 1835 und 12 October 1837 über den Begriff des Kleinhandels) für das Richteramt nicht bindend sind, die Frage daher, ob Kleinhandel vorliege, im einzelnen Falle nach den Umständen zu bemessen ist;

Daß nun durch die Geständnisse der Beschuldigten und die Aussage des vernommenen Zeugen nur nachgewiesen ist, daß der Beschuldigte Rubens im Auftrage und für Rechnung des Beschuldigten Schumacher ganze versiegelte Krüge (Branntwein) jeder eine Quart enthaltend, zum Preise von 7 Sgr, verkauft hat;

Daß aber in diesem Gewerbetriebe um so weniger Kleinhandel erblickt werden kann, als das allerdings nur für die Hohenzollern'schen Lande erlassene Gesetz vom 17 Mai 1856, §. 1 ausdrücklich erklärt, daß der Kleinhandel mit Branntwein erst bei Mengen unter einem Maaße beginne, mithin genügend zu erkennen gibt, daß die hier zur Anwendung kommenden Gesetze in demselben Sinne auszulegen sind.

Gegen das Appellations-Erkenntniß hat das öffentl. Ministerium rechtzeitig den Cassationsrecurs angemeldet und solchen dem Beschuldigten demnächst zustellen lassen. Der Königl. Ober-Prokurator führt zur Begründung des auf falsche Auslegung der Allerh. Cabinets-Ordre vom 7. Februar

Digitized by Google

1835, und Verletzung der von dem öffentl. Ministerium in den Instanzen bezogenen Gesetze durch Nichtanwendung gestützten Recurses Folgendes an:

Der Begriff des Kleinhandels mit geistigen Getränken sei, seit dem dieser Kleinhandel zum Gegenstande der Strafgesetzgebung gemacht worden, ein Rechtsbegriff und als solcher dem richterlichen Ermessen entzogen. Die erwähnten Ministerial-Rescripte besäßen jedenfalls die Eigenschaft amtlicher Zeugnisse in Ansehung derjenigen Verhältnisse, welche bei Erläuterung des Begriffs des Kleinhandels in Betracht kämen.

Der Königl. Ober-Prokurator, welcher in diesen Rescripten den Begriff des Kleinhandels dahin definirt findet,

daß als solcher der Verkauf geistiger Getränke in Quantitäten unter einem halben Anker zu verstehen sei,

deducirt nun weiter:

Die von jenen Rescripten bezeichnete Grenze ergebe sich aus den darin bezeugten Verhältnissen von selbst. Zur Zeit des Erlasses der Allerh. Cabinets-Ordre vom 7. Februar 1835 sei einfach das hölzerne Gebinde diese Grenze gewesen. Das kleinste hölzerne Gebinde habe damals aber der halbe Anker gebildet. Dieses Quantum, nicht das Gefäß, habe der Gesetzgeber vor Augen gehabt.

Der demnächstige Versuch der Umgehung des Gesetzes durch Herstellung kleinerer hölzerner Gebinde, habe die Tragweite des Gesetzes nicht einschränken können. Die ursprünglich rein thatsächliche Grenze sei zu einer rechtlichen geworden.

Die Annahme der Instanzrichter, das Gesetz für die Hohenzollern'schen Lande gebe genügend zu erkennen, daß die Allerh. Cabinets-Ordre vom 7. Februar 1835 in dem Sinne dieses Gesetzes auszulegen, ist nach der Ansicht des Königl. Ober-Prokurators unberechtigt und verkehrt. Die Motive zu dem Entwurfe des Hohenzollern'schen Gesetzes ergäben nämlich, daß die Grenze des Maaßes für die Hohenzollern'schen Lande mit Rücksicht auf die dortigen früheren Verhältnisse bestimmt sei und daß nach der Absicht des Gesetzgebers es im übrigen Staate bei der im Instruktionswege gegebenen Definition des Kleinhandels verbleiben solle.

Urtheil:

J. E., daß zwar das für die Hohenzollern'schen Lande erlassene Gesetz vom 17. Mai 1856 zur Bestimmung des Begriffs des Kleinhandels im Sinne der für die übrigen Landestheile bestehenden Allerh. Cabinets-Ordre vom 7. Februar 1835 über den Kleinhandel mit geistigen Getränken resp. des Gesetzes vom 21. Juni 1844, nicht benutzt werden kann, da jenes Gesetz, wenn es im §. 1 als Kleinhandel mit Branntwein den Verkauf in Mengen unter einem Maaße angesehen wissen will, wie die Motive zu demselben ergeben, sich dabei nur den älteren dieserhalb in den Hohenzollern'schen Landen bereits bestehenden Gesetzen angeschlossen hat, und anschließen wollte, um an dem Hergebrachten nichts zu ändern, während angenommen wurde, daß in den übrigen Landestheilen der Begriff des Kleinhandels mit geistigen Getränken anderweitig geregelt sei;

Daß indessen die für diese Landestheile gegebene Allerh. Cabinets-Ordre vom 7. Februar 1835 so wenig, als ein bestehendes früheres oder späteres Gesetz den Begriff des Kleinhandels mit geistigen Getränken bestimmt hat;

Digitized by Google

Daß auch selbst durch die Wissenschaft und den Sprachgebrauch eine feste Grenze für jenen Begriff nicht gegeben ist;

Daß endlich auch die Circularverfügungen der Ministerien des Innern für Handel und Gewerbe-Angelegenheiten, und des Innern und der Polizei vom 13. August 1835 und 12. October 1837, indem sie bestimmen, daß als Kleinhandel mit geistigen Getränken der Handel mit Wein, Branntwein oder anderen geistigen Getränken anzusehen, sobald letztere anders als in hölzernen Gebinden, welche nicht unter einem halben Anker fein dürften, verkauft werden, — als Deklaration des Gesetzes für den Strafrichter allerdings nicht bindend sind; (Arg. Allerh. Cabinets-Ordre vom 4. Juli 1832.)

J. E., daß mithin die Frage, ob Kleinhandel mit geistigen Getränken vorliege, lediglich nach den Umständen des Einzelfalles zu lösen bleibt;

Daß daher der Appellationsrichter, indem er in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter bei seiner Entscheidung davon ausging, daß in Ermangelung einer gesetzlichen Bestimmung über den Begriff des Kleinhandels mit geistigen Getränken in den der Allerh. Cabinets-Ordre vom 7. Februar 1835 unterworfenen Landestheilen und bei der Unverbindlichkeit der bezogenen Circularverfügungen der Ministerien für den Strafrichter, die Frage nach dem Dasein des Kleinhandels mit geistigen Getränken nach den Umständen des Einzelfalles zu bemessen, in dem festgestellten, sich auf den Verkauf von versiegelten Flaschen Branntwein vom Inhalte einer Quart beschränkenden Gewerbebetrieb der Cassationsverklagten ein solcher Kleinhandel aber nicht zu finden sei — weder die vom öffentlichen Ministerium als verletzt bezeichneten gesetzlichen Bestimmungen, noch ein sonstiges Gesetz verletzt hat;

Daß demnach der erhobene Cassationsrecurs sich als unbegründet darstellt;

Aus diesen Gründen

verwirft das Königl. Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, Abtheilung II. den von dem öffentlichen Ministerium gegen das Urtheil der correctionellen Appellationskammer des Königl. Landgerichts zu Elberfeld vom 17. Mai 1866 eingelegten Cassationsrecurs.

Sitzung vom 18. October 1866.

Ref.: H. Geh. O.-Tr.-R. Weisgerber.

Concl.: H. O.-St.-A. Oppenhoff.

Eheberedungen im Gebiet des allgemeinen Landrechts. — Befugnisse der Notarien.

Im Gebiet des allg. Landrechts können vor der Ehe Eheberedungen durch Notarien aufgenommen und insbesondere auch, wenn die Ehegatten im Gebiet des rheinischen Rechts ihren Wohnsitz nehmen wollen, die Gütergemeinschaft des rhein. Rechts ausgeschlossen werden; die abweichende Bestimmung in dem Gesetze vom 26. März 1837 hat nur

Digitized by Google

die Ausschließung der particularen oder ortsrechtlich geltenden Gütergemeinschaften im Bereich des allg. Landrechts zum Gegenstand.

Glöden — Glöden.

In dem Ehevertrage, welchen der Dr. philosophiae Sylvester von Glöden zu Eldena bei Greifswald und die Baroneſſe Klara von Eikſtedt zu Koblenz bei Paſewalk in Pommern am 24. September 1855 vor dem Notar Kölpin zu Paſewalk abſchloſſen, beſtimmt der §. 2:

„Die Brautleute erklären, daß noch kein Aufgebot erfolgt ſei und ſie nach der Verheirathung ihren erſten Wohnſitz in der Preußiſchen Rheinprovinz in einem Bezirke zu nehmen gedächten, wo im Fall des Nichtausſchluſſes unter Eheleuten die Gemeinſchaft der Güter und des Erwerbes gelte. Sie verabredeten hierdurch, daß ſie beabſichtigen in getrennten Gütern zu leben, die Gütergemeinſchaft aller Grade alſo hiermit ausſchlöſſen."

Auf dem Rittergut Koblenz wurde die Ehe vollzogen und die Eheleute von Glöden nahmen ſodann auf dem Hauſe Veen bei Xanten, dem Gut des Ehemannes, ihren Wohnſitz.

Im Jahre 1861 klagte die Ehefrau von Glöden auf Scheidung, wurde aber in beiden Inſtanzen mit dieſem Antrage abgewieſen. Vor Erlaſſung des Appellationsurtheils erhob dieſelbe am 9. Februar 1863 eine neue Klage bei dem Königl. Landgericht zu Cleve gegen ihren Ehemann, in welcher ſie beantragte:

Ihr perſönliches Vermögen auf 20000 Thaler feſtzuſtellen und den Verklagten zu verurtheilen, ihr dieſes Vermögen herauszugeben resp. als Selbſtſchuldner der Klägerin für dieſen Betrag und 5 Procent Zinſen zu gelten, auch der Klägerin zu geſtatten, dieſes Vermögen ſelbſt zu verwalten, unter der Bedingung, für die noch beſtehende Ehe und zwar für die Dauer derſelben ein Drittel der Revenüen an den Verklagten herauszugeben.

Zur Begründung der Klage wurde angeführt: daß in Pommern bei einer Ehe zwiſchen Perſonen adlichen Standes vollſtändige Gütertrennung beſtehe, wenn nicht ein Anderes durch Ehevertrag verabredet werde. Da die Parteien eine ſolche Gütertrennung beabſichtigt, ſo habe es dieſer Verabredung deshalb bedurft, wie im §. 2 des Ehevertrages geſchehen, weil dieſelben ihr erſtes Domicil in der Rheinprovinz unter der Herrſchaft des B.-G.-B. zu nehmen gedachten und hier eine Gütergemeinſchaft unter den Eheleuten beſtehe. Nach Art. 1536 des B.-G.-B. habe die Ehefrau im Fall der Gütertrennung einen Anſpruch auf freie Verwaltung ihres perſönlichen Vermögens.

Der verklagte Ehemann beantragte, die Klägerin abzuweiſen, indem er nicht nur den behaupteten Betrag des eingebrachten Vermögens beſtritt, ſondern auch die Beſtimmung des §. 2 des Ehevertrages als ungültig angreift weil nach §. 1 des Geſetzes vom 20. März 1837 der Ausſchluß der Gütergemeinſchaft nicht in einem notariellen Act, ſondern nur gerichtlich verabredet werden könne, mithin es bei der ehelichen Gütergemeinſchaft nach den Vorſchriften des B.-G.-B. verbleibe.

Außerdem machte er den Einwand, daß die Klägerin mit den Kindern nach Zurückweiſung der Scheidungsklage den ihr angewieſenen Aufenthalt

Digitized by Google

verlassen habe und er nicht wisse, wo sie sich befinde, vor der Rückkehr könne sie aber den Besitz und Genuß ihres Vermögens keinenfalls fordern, vielmehr rechtfertige sich der Reconventionsantrag, sie zu verkurtheilen, mit den Kindern zurückzukehren.

Durch Urtheil vom 15. April 1863 hat das Königl. Landgericht die Klage als unbegründet zurückgewiesen und der Klägerin die Kosten des Prozesses zur Last gelegt. Nach den Entscheidungsgründen wird davon ausgegangen, daß die formelle Gültigkeit des Ehevertrags vom 24. September 1855 mit Bezug auf die altländische Gesetzgebung, unter deren Herrschaft er errichtet worden, zu beurtheilen sei und daß demgemäß zufolge §. 1 des Gesetzes vom 20. März 1837 dessen Aufnahme oder Anerkennung gerichtlich habe geschehen müssen, weil der Ausschluß der Gütergemeinschaft nach §. 412 und 413 Titel 1 Theil II. des allg. Landrechts nur vor der Heirath habe stattfinden können.

Die Klägerin appellirte, die Parteien wiederholten ihre in der ersten Instanz aufgestellten Anträge und der Königl. Appell.-Ger.-Hof verwarf durch Urtheil vom 18. Februar 1865 die eingelegte Berufung unter Verfälligung der Appellantin in die gesetzliche Succumbenzstrafe und in die Kosten. Die Motive dieses Erkenntnisses lauten:

I. E., daß der von den Parteien am 24. September 1855 vor Notar Kölping zu Koblenz in Pommern abgeschlossene Ehevertrag, welcher der Klage der Appellantin zu Grunde gelegt ist, von dem Appellaten als ungültig angefochten wird, weil zu dessen Gültigkeit die gerichtliche Aufnahme oder die gerichtliche Anerkennung erforderlich gewesen sei; daß die formelle Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes nach dem Gesetze des Ortes zu beurtheilen ist, wo das Rechtsgeschäft abgeschlossen wurde, und daher für die Beurtheilung der Gültigkeit des fraglichen Ehevertrages die Vorschriften des allg. Landrechts und die sie ergänzenden gesetzlichen Bestimmungen maßgebend sind;

Daß nun durch den §. 1 des Gesetzes vom 20. März 1837 bestimmt ist, daß Verträge über die Einführung oder Ausschließung der Gemeinschaft der Güter oder des Erwerbes, soweit als sie nach den Gesetzen nur vor der Heirath errichtet werden können, zur Gültigkeit der Handlung vor der Schließung der Ehe gerichtlich aufgenommen, oder ihrem Inhalte nach gerichtlich anerkannt werden müssen;

Daß die Ausschließung der Gütergemeinschaft durch den §. 2 des in Rede stehenden Ehevertrages stipulirt ist, und somit dessen Gültigkeit durch die gerichtliche Aufnahme oder Anerkennung gesetzlich bedingt würde, wenn dieser Vertrag nach den Bestimmungen des allg. Landrechts nur vor der Heirath errichtet werden konnte; daß in dieser Beziehung die §§. 412 und 413 Titel 1 Theil II. des allg. Landrechts die Bestimmung enthalten, daß die Gemeinschaft der Güter und des Erwerbes durch Verträge vor der Heirath ausgeschlossen werden könne, dahingegen während der Ehe die Aufhebung einer auf Provinzialgesetze oder Statuten sich gründenden Gemeinschaft auch mit Bewilligung beider Eheleute in der Regel nicht Statt finde;

Daß in dem vorliegenden Falle die gesetzliche Gütergemeinschaft des B.-G.-B. ausgeschlossen werden sollte, indem die Parteien im Eingange des §. 2 des Ehevertrages erklären, daß sie nach der Heirath ihren ersten Wohnsitz in einem Bezirke der Rheinprovinz zu nehmen gedächten, wo im Falle des Nichtausschlusses unter Eheleuten die Gemeinschaft der Güter

Digitized by Google

und des Erwerbes gelte, wie dieselben denn auch ihren ersten ehelichen Wohnsitz in der That zu Veen bei Xanten genommen haben;

Daß das B.=G.=B., wenn auch dessen Bestimmungen das gemeine Recht in der Rheinprovinz bilden, einem Provinzialgesetze oder Statute im Sinne des §. 413 Titel 1 Theil II. des allg. Landrechts gleichzustellen ist und folglich auch die Ausschließung der darnach eintretenden gesetzlichen Gütergemeinschaft nach dem allg. Landrechte ebenso wie nach dem B.=G.=B. nur durch einen vor der Heirath abgeschlossenen Vertrag in rechtsgültiger Weise erfolgen konnte;

Daß, wenn auch das allg. Landrecht, indem es die provinzialrechtliche oder statutarische Gütergemeinschaft während der Ehe auszuschließen verbietet, allein das Interesse der Gläubiger im Auge hat und deshalb der §. 418 die Eheleute für befugt erklärt, unter sich auch während der Ehe die Gemeinschaft aufzuheben, hierin ein Argument für die Gültigkeit des fraglichen Ehevertrages nicht gefunden werden kann, denn, wenn auch angenommen werden mag, daß Eheleute nach dem allg. Landrechte, weil sie während der Ehe die Gemeinschaft unter sich aufheben können, auch vor der Heirath durch einen bloß notariell abgeschlossenen Vertrag die Gemeinschaft unter sich auszuschließen befugt seien, hieraus die Gültigkeit des fraglichen Ehevertrages nicht herzuleiten ist, weil dadurch nicht die Gütergemeinschaft der Eheleute unter sich in dem Sinne, wie die Aufhebung derselben durch den §. 418 gestattet ist, sondern die Gütergemeinschaft des B.=G.=B. im Sinne der §§. 412 und 413 mit rechtlicher Wirkung auch dritten Personen gegenüber ausgeschlossen werden sollte;

Daß, wenn aber auch dieser Ehevertrag selbst die Auffassung zuließe, daß dadurch die Gütergemeinschaft wenigstens hinsichtlich des Verhältnisses der Eheleute unter sich ausgeschlossen und derselbe insofern als gültig erachtet werden könnte, hierdurch die Klage der Appellantin nicht zu begründen wäre, indem eine solche Stipulation, wenn ihr überhaupt eine rechtliche Bedeutung im Bereiche des B.=G.=B. beizulegen ist, jedenfalls die Wirkung nicht haben könnte, daß dadurch dem Ehemanne der Besitz und die Verwaltung des Vermögens der Ehefrau entzogen werde, weil die gesetzliche Gütergemeinschaft dritten Personen gegenüber als rechtlich bestehend angenommen werden müßte;

J. E., daß wenn hiernach anzunehmen ist, daß die Gütergemeinschaft nach dem allg. Landrechte in dem vor einem Notar abgeschlossenen, jedoch nicht gerichtlich anerkannten Vertrag in rechtsgültiger Weise nicht ausgeschlossen werden konnte, dieser Vertrag ebensowenig auf Grund des Art. 1394 B.=G.=B. für gültig erachtet werden kann, weil die Bestimmung dieses Artikels nur für die unter der Herrschaft des B.=G.=B. aufgenommenen Eheverträge maßgebend ist, und dadurch einem unter einer anderen Gesetzgebung fungirenden Notar eine ihm nicht zustehende Befugniß nicht verliehen werden konnte.

Rechtszeitig hat die Ehefrau von Glöden gegen dieses Appellations-Erkenntniß den Cassationsrecurs am 18. Juli vorigen Jahres angemeldet, welcher auf Verletzung

der Art. 1165, 1394, 1395 und 1536 des B.=G.=B., des §. 33 der Einleitung und der §§. 82, 208, 209, 221, 412, 413, 418, 428, 431 und 432 Titel 1 Theil II. des allg. Landrechts und der §§. 1 und 4 des Gesetzes vom 20. März 1837,

gegründet wird.

Digitized by Google

Die güterrechtlichen Verhältniſſe der Eheleute von Glöden — führt die Caſſationsſchrift aus — ſeien materiell nach dem B.-G.-B. zu beurtheilen, weil dieſelben ihr erſtes Domicil unter deſſen Herrſchaft genommen hätten. Der Vorſchrift des Art. 1394 entſpreche der Ehevertrag vom 24. September 1855 vorerſt inſoweit, als derſelbe vor Abſchluß der Ehe errichtet worden, — ob die notarielle Form genüge, hänge nach dem Grundſatz, locus regit actum davon ab, ob zufolge des in Altvorpommern geltenden Rechts der Notar Kölpin zu Paſewalk den vorliegenden Ehevertrag habe aufnehmen können?

Die Regel ſei, daß der altpreußiſche Notar Heirathsverträge vor der Ehe aufzunehmen befugt ſei und die Kontrahenten ihre künftigen Vermögensverhältniſſe gültig ordnen, namentlich das Vermögen der Frau als vorbehalten conſtituiren könnten (§. 209 Titel I Theil II. des allg. Landrechts,) was hier gleichbedeutend mit der verabredeten Gütertrennung erſcheine. Zweifelhaft könnte aber nur ſein, ob der Notar Kölpin zufolge §. 1 des Geſetzes vom 20. März 1837 dadurch incompetent geworden, daß gleichzeitig die Ausſchließung einer ſonſt geſetzlich begründeten Gütergemeinſchaft habe eintreten ſollen. Dieſen Fall der Ausnahme im §. 1 müſſe man genau begrenzen. Vorerſt ſei es gewiß nicht die Abſicht des Geſetzes von 1837 geweſen, Anordnungen für eine Ehe zu treffen, deren erſtes Domicil außerhalb ſeines Bereichs, etwa gar im Auslande gewählt worden, — die Beſtimmungen im §. 4, ſowie in den §§. 422 und 424 Theil II. Titel 1 des allg. Landrechts würden z. B. in der Rheinprovinz unter dem B.-G.-B. nicht ausführbar ſein. Abgeſehen hiervon ſtehe das Geſetz von 1837, wie deſſen Eingang zeige, in genauem Zuſammenhang mit der übrigen Geſetzgebung, welche eine eheliche Gütergemeinſchaft nur als Provinzialrecht oder Statut, nicht aber als ein Inſtitut des jus commune kenne, ſo daß die im B.-G.-B. beſtimmte Gütergemeinſchaft nicht von ihm berührt werde. Es wäre auch auffallend, wenn in dem allg. Landrecht ſubſidiariſche Beſtimmungen hinſichtlich der Vertragsform für gütergemeinſchaftliche Verhältniſſe gegeben worden, welche außerhalb ſeines Bereichs ihre Wirkung äußern ſollten, während dieſe Vorſchriften, gleich den materiellen, nicht für alle Bewohner der landrechtlichen Territorien, ſondern nur für diejenigen beſtänden, welche ihr erſtes Domicil in dem Bezirke wählten, wo durch Provinzialgeſetze oder Statute (und zwar im Sinne des allg. Landrechts) die Gütergemeinſchaft eingeführt ſei. Hieraus folge, daß die vertragsmäßige Aufhebung einer Gütergemeinſchaft während der Ehe nicht verboten worden, wenn dieſe Gemeinſchaft ſich nicht auf ein Provinzialgeſetz oder Statut gründe (§. 413) daß demnach der §. 1 des Geſetzes vom 20. März 1837 keine Anwendung auf einen Vertrag finde, durch welchen eine auf dem jus commune des erſten Domicils beruhende Gütergemeinſchaft vor der Ehe ausgeſchloſſen werde.

Der Appell.-Hof gelange zu dem entgegengeſetzten Reſultat durch die Annahme, daß das B.-G.-B. im Sinne des §. 413 einem Provinzialgeſetz gleichſtehe. Dieſes ſei aber nicht gerechtfertigt, da der Unterſchied zwiſchen jus commune und Provinzialgeſetz rechtlich beſtehe, der §. 413 nur von dem letzteren und nicht von „Geſetzen" im Allgemeinen rede und das Geſetz vom 20. März 1837 dieſen Ausdruck nicht abändere, obgleich damals ein dreifaches jus commune im Staat beſtanden habe.

Digitized by Google

Auch aus einem anderen Gesichtspunkte sei für den Vertrag vom 24. September 1855 die gerichtliche Form nicht erforderlich gewesen. Der §. 33 der Einleitung zum allg. Landrecht bestimme, „daß Provinzialgesetze und Statute, welche die äußerliche Feierlichkeit einer Handlung vorschrieben, nur bei Handlungen gelten, die unter der Gerichtsbarkeit, für welche das Gesetz gegeben sei, von den ihr unterworfenen Personen vorgenommen werden." Ein solches Provinzialgesetz sei das Gesetz vom 20. März 1837, weil es die über die Gütergemeinschaft bestehenden provinzialrechtlichen Vorschriften betreffe. Die Eheleute von Glöden seien aber niemals der Gerichtsbarkeit der altvorpommer'schen Gerichte unterworfen gewesen, auch würde das Provinzialgesetz, die Bauerordnung von 1764 auf sie als Personen adlichen Standes keine Anwendung gefunden haben.

Endlich stehe der Cassationsklägerin zur Seite, daß das Verbot des §. 413 nur im Interesse der Gläubiger stattfinde und daß die Eheleute zufolge §. 418 befugt seien, auch in stehender Ehe die Gütergemeinschaft unter sich aufzuheben. (Striethorst Archiv, Band 46, Seite 290 und Urtheil des ersten Senats vom 5. Juli 1865 in Sachen Hilgendorf wider Szeliński.) Die Folgerung, daß in der zweiten Richtung ein notarieller Act hinreiche, bestreite der Appellationsrichter deshalb, weil der fragliche Vertrag nicht die Gütergemeinschaft der Eheleute unter sich in dem Sinne des §. 418, sondern die Gütergemeinschaft des B.-G.-B. im Sinne der §§. 412 und 413 mit rechtlicher Wirkung auch gegen dritte Personen habe ausschließen sollen. Allein die Nullität wegen Mangels der Form könne nicht weiter reichen, als deren Beobachtung zur Gültigkeit des Vertrags erforderlich gewesen. Hätten die Contrahenten einen Ausschluß der Gütergemeinschaft unter sich und gegen Dritte beabsichtigt, jedoch nur die in der ersten Richtung vorgeschriebene geringere Form gewählt, so müssen sie zwar zugeben, daß andringende Gläubiger die verabredete Gütertrennung nicht beachteten, für eine radicale Nichtigkeit der gesammten Verabredung fehle es aber an einem rechtlichen Grunde.

Wenn endlich in dem angegriffenen Urtheil erwogen werde, daß durch die fragliche Stipulation dem Ehemann der Besitz und die Verwaltung des Vermögens der Ehefrau nicht entzogen werden könne, weil die gesetzliche Gütergemeinschaft Dritten gegenüber als bestehend angenommen werden müsse, so sei dieser Einwurf eine exceptio de jure tertii und es werde mit dem Art. 1165 des B.-G.-B. in Widerspruch getreten.

Der Cassationsverklagte erwidert in der Gegenschrift:

Der Vertrag über die Ausschließung der Gütergemeinschaft, wie die Parteien sie in dem Notarialact vom 24. September 1855 verabredet haben, konnte nach den §§. 412 und 413 Titel 1 Theil II. des allg. Landrechts nur vor der Heirath errichtet werden, der §. 1 des Gesetzes vom 20. März 1837 findet daher Anwendung. Das Gesetz unterscheidet nicht, ob das erste Domicil der Ehegatten unter dem Bereiche des allg. Landrechts oder außerhalb desselben genommen wird und die Wirksamkeit des an sich gültigen Vertrages unter den Contrahenten hängt nicht davon ab, ob die übrigen Formen wegen Bekanntmachung und Eintragung in das Hypothekenbuch an dem Ort des Domicils erfüllt werden können. Unerheblich ist, daß der §. 413 nur von der auf Provinzialgesetz oder Statut gegründeten Gütergemeinschaft spricht, auch, wenn

Digitized by Google

dieser Paragraph nicht bestände, würde dieselbe nach §. 412 und 419 nur vor der Ehe durch Vertrag ausgeschlossen werden können. Die Gütergemeinschaft, von welcher die §§. 412 und 413 reden, bildet den Gegensatz zu der vertragsmäßigen, §. 419, — sie betreffen daher die gesetzliche Gütergemeinschaft, ohne Unterschied ob das sie begründende Gesetz ein provinzielles oder ein allgemeines ist. Dieses ergibt auch die Bemerkung in dem gedruckten Entwurf, Theil 1, Abtheilung 1, Seite 79, in welchem allgemein von der communio bonorum ex lege die Rede ist. Der §. 413 erwähnt nur deshalb ausdrücklich der Provinzial-Gesetze und Statute, weil eine allgemeine Vorschrift des Landrechts das Institut der Gütergemeinschaft nicht anordnet, ohne aber deshalb die letztere, wenn sie außerhalb seines Bereiches besteht, von seiner Bestimmung eximiren zu wollen. Abgesehen hiervon würde zufolge §§. 1, 3 und 7 des Publicationsgesetzes von 1794 das B.-G.-B. als ein Provinzialgesetz angesehen werden können. Unrichtig ist ferner die Bezeichnung des Abschnittes 6, Titel 1, Theil 2 des Allg. Landrechts als eines Lokalrechts, weshalb auf §. 73 der Einleitung nicht Bezug genommen werden könne.

Die Cassationsklägerin beruft sich sodann auf den in der altländischen Gesetzgebung enthaltenen Grundsatz, daß in der Regel Heirathsverträge beliebigen Inhalts vor der Ehe durch einen Notar aufgenommen werden könnten. Eine solche Regel besteht nicht, nur in gewissen Fällen, §§. 82, 208, 209, Titel 1, Theil 2 des Allg. Landrechts sind die Notarien hierzu berechtigt. Entscheidend aber ist, daß in dem fraglichen Vertrag die Parteien nicht lediglich die Wirkungen der nach dem B.-G.-B. bestehenden Gütergemeinschaft, soweit sie bloß die Verhältnisse der Ehegatten unter sich betreffen, sondern ihre Wirkungen nach allen Seiten, namentlich den Gläubigern gegenüber, ausgeschlossen haben. Somit fällt der Vertrag unter die §§. 412 und 413 und die Bestimmungen des Gesetzes vom 20. März 1837, nach welchen derselbe wegen mangelnder gerichtlicher Form ungültig ist. Ihn wenigstens für die Verhältnisse unter den Eheleuten aufrecht zu erhalten, läßt sich ebenfalls nicht rechtfertigen, da die Verabredungen ein Ganzes bilden und einzelne Theile nicht für sich bestehen, übrigens stellt der Gerichtshof thatsächlich fest, daß eine solche Verabredung nicht getroffen ist, daß die Parteien nicht die Gütergemeinschaft unter sich im Sinne des §. 418 ausgeschlossen haben. Deshalb sind auch die angeführten Präjudicien ohne Erheblichkeit, sie betreffen andere Fragen. Hiernach kommt es endlich auch nicht auf den selbstständigen Entscheidungsgrund an, ob dem Cassationsverklagten wegen des Interesses dritter Personen der Besitz und die Verwaltung des Vermögens seiner Ehefrau entzogen werden könne.

Die Cassationsklägerin beantragt:

das Urtheil des Königl. Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 18. Februar 1865 zu cassiren, die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder zu verordnen und dem Cassationsverklagten die Kosten dieses Verfahrens zur Last zu legen, sodann in der Sache selbst nach den diesseits zu dem angegriffenen Urtheil genommenen Anträgen zu erkennen.

Von dem Cassationsverklagten wird beantragt:

den erhobenen Cassationsrecurs zu verwerfen und der Cassationsklägerin die Kosten dieses Verfahrens zur Last zu legen.

In der heutigen öffentlichen Sitzung wurde verkündigt folgendes

Digitized by Google

Urtheil:

J. E., daß den Erfordernissen zur Ausschließung der Gütergemeinschaft, welche der hier anwendbare Artikel 1394 des B.-G.-B. aufstellt, durch den vor Notar Kölpin zu Pasewalk den 24. September 1855 geschlossenen Ehevertrag genügt worden ist, da nach allgemeiner Gerichtsordnung Theil 2 Titel 1 §. 10 unter 5, Eheberedungen vor der Ehe durch Notarien aufgenommen werden können, und die abweichende Bestimmung in dem Gesetze vom 20. März 1837 nur die Ausschließung der in dem Geltungsbereiche des Allg. Landrechts partikulären oder ortsrechtlich geltenden Gütergemeinschaften zum Gegenstande hat;

Daß daher der Art. 1394 des B.-G.-B. verletzt und das Gesetz vom 20. März 1837 unrichtig angewendet.

Aus diesen Gründen

cassirt das Königl. Ober-Tribunal, fünfter Civilsenat (Rheinischer Senat) das Urtheil des Königl. Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 18. Februar 1865, verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des cassirten und die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder und verfälligt den Cassationsverklagten in die Kosten dieses Verfahrens.

Verweis't sodann die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung vor den dritten Senat des Appell.-Ger.-Hofes.

Sitzung vom 16. Oktober 1866.

Ref.: H. Geh. O.-Tr.-R. Frech.
Concl.: H. O.-St.-A. v. Ingersleben.
Advokaten: Dorn — Strohe.

Kirchenfabriken. — Autorisation. — Definitiv-Urtheil.

Die katholischen Kirchenfabriken bedürfen zur Prozeßführung der Autorisation der Königl. Regierung.

Ein Urtheil wodurch über die obige Frage entschieden wird, ist als Feststellung des Legitimationspunktes nicht als ein präparatorisches sondern als ein Definitiv-Urtheil zu erachten, daher Berufung und Cassationsrecurs zulässig.

Evangelische Kirche zu Offenbach — Katholische Kirche daselbst.

Die katholische Kirchenfabrik zu Offenbach beansprucht den ihr von der dortigen evangelischen Kirchengemeinde bestrittenen Mitbesitz am Kirchthurm zu Offenbach und den darin befindlichen Glocken, und hat deshalb unter der Behauptung, daß letztgedachte Gemeinde sie am 16. September 1862 in diesem Mitbesitz gestört habe, und noch fortwährend störe, mittelst Gerichtsvollzieheractes vom 14. September 1863 gegen dieselbe bei dem Königl. Friedensgerichte zu Grumbach auf Schutz im Mitbesitze, Beseitigung der die Ausübung ihres Mitbesitzes hindernden am Thurme angebrachten Einrichtungen und Unterlassung resp: Verbot jeder ferneren Störung geklagt.

Sie ist zu der Klage durch das General-Vikariat zu Trier unter'm 14. September 1863 ermächtigt. Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen, weil Klägerin nicht, wie es das Gesetz verlange, von der Königl. Regierung zu Trier zur Klage autorisirt sei.

Digitized by Google

Klägerin hielt diese Autorisation gesetzlich nicht für erforderlich, erbot sich event. zur Nachbringung derselben, wenn solche ihr vom Gericht aufgegeben werde, während Verklagte die Zulässigkeit der Nachbringung bestritt.

Das Königl Friedensgericht zu Grumbach hat angenommen, daß es der staatlichen Autorisation zu der von der Kirchenfabrik erhobenen Klage nicht mehr bedürfe, und deshalb den von der Verklagten vorgebrachten Legitimationseinwand zurückgewiesen.

Die gegen dieses Erkenntniß Seitens der Verklagten eingelegte Berufung hat das Königl. Landgericht zu Saarbrücken durch Urtheil vom 17. Januar 1865 verworfen, und die Parteien zur ferneren Verhandlung in die erste Instanz zurückgewiesen.

Die Gründe dieses Urtheils lauten:

J. E., daß diese Einrede allerdings in dem Falle gerechtfertigt sein würde, wenn die Bestimmungen des Art 77 des Decrets vom 30. Dezember 1809, wonach eine solche Ermächtigung der Königl. Regierung zur Prozeßführung für die Appellatin und Klägerin nothwendig gewesen wäre, noch als fortbestehend zu betrachten und dieselbe nicht durch den Art. 15 der Verfassung vom 31. Januar 1850 aufgehoben sein würde, Art. 109 ibid.;

Daß Art. 15 die Selbstständigkeit der evangelischen und katholischen Kirchen, so wie jeder anderen Religionsgesellschaft, was Ordnen und Verwalten ihrer Angelegenheiten betrifft, anerkannt, und ihnen den Besitz und Genuß der für ihren Cultus, Unterricht und Wohlthätigkeitszwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und Fonds, gewährleistet hat;

Daß in Folge dieser, den Kirchen und Religionsgesellschaften für ihre Vermögensangelegenheiten zugestandenen Autonomie dieselben, was Erwerb, Veräußerung und Verwaltung angeht, der Controle Seitens der Administrationsbehörde, überhaupt jeder Beschränkung in ihren desfallsigen Dispositionsbefugnissen entzogen wurden, und daß, wenn nicht bezweifelt werden kann, daß die Güter und Einkünfte, mit deren Verwaltung die Kirchenfabriken nach Art. 75 und 76 des Gesetzes vom 18. Germinal X und Art. 1 und 12 des Decrets vom 30. Dezember 1809 befaßt sind, zu diesen Vermögensangelegenheiten gehören und daß eine Selbstständigkeit im Ordnen und Verwalten derselben nothwendig die Befugniß zur Erhebung einer Klage umfaßt, auch für die Kirchenfabrik nunmehr jene Bestimmung des Art. 77 des Decrets vom 30. Dezember 1809 nicht mehr maßgebend sein kann, weil mit Beibehaltung derselben die frühere Beschränkung fortgesetzt und der Art. 15 der Verfassung nicht zur Anwendung gelangen würde;

Daß hiernach also und aus den Gründen des ersten Richters, die von der Appellantin vorgeschützte Einrede für nicht gerechtfertigt zu erachten, und folglich die eingelegte Berufung als nicht begründet zu verwerfen ist;

Daß endlich, da die Parteien über die Hauptsache in erster Instanz noch nicht verhandelt haben, deren Rückverweisung vor den ersten Richter zu verordnen ist.

Was die hier adoptirten Gründe des ersten Richters betrifft, so gehen diese dahin:

> Der katholischen Kirche stehe, abgesehen von der Frage des Eigenthums an den für die Ausübung ihrs Cultus bestimmten Gebäuden, an diesen jedenfalls die immerwährende Benutzung zu, wie auch der

Digitized by Google

Art. 15 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 der katholischen Kirche den Besitz und Genuß der für ihre Cultuszwecke bestimmten Gebäude gewährleiste. Demnach bilde auch die gedachte Benutzung der Kirchengebäude eine Angelegenheit der katholischen Kirche, und in der Benutzung sei auch die Befugniß zur Conservirung der Gebäude eine Besitzklage zu erheben, einbegriffen. Der citirte Art. 15 der Verfassungsurkunde habe, wie sich nach dessen Wortlaut und Entstehungsgeschichte nicht wohl bezweifeln lasse, der katholischen Kirche Selbstständigkeit im Ordnen und Verwalten ihrer Angelegenheiten als von der Publikation der Verfassung ab gesetzlich bestehend, gewährt. Die einzelne katholische Kirche habe zur Wahrnehmung ihrer Angelegenheiten vor Gericht die Fabrik und nur diese als Vertreterin. Die auf dem Aufsichtsrechte des Staates beruhende Autorisation, welche die Staatsregierung der Fabrik zur Prozeßführung ertheile, enthalte eine beschränkende Mitwirkung des Staates in Verwaltung der zum Bereiche der Kirchenfabrik gehörigen Angelegenheiten. Hiernach und im Hinblick auf Art. 109 der Verfassungsurkunde, bedürfe die Fabrik, abgesehen von ihrem Charakter, insofern sie als Vertreterin der Kirche vor Gericht auftrete, bei der Selbstständigkeit der Kirche der gedachten Autorisation der Staatsregierung, als der erwähnten Selbstständigkeit entgegenstehend, nicht, sie sei vielmehr der Aufsicht der Kirche unterworfen, nach deren Einrichtung dem Bischof die Aufsicht über die Pfarrkirchen zustehe ꝛc.

Gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Saarbrücken hat die Beklagte den Cassationsrecurs ergriffen, und denselben auf Verletzung resp. unrichtige Anwendung des Art. 77 des Decrets vom 30. Dezember 1809, des §. 5 des Ressortreglements vom 20. Juli 1818 und der Art. 15 und 109 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 gestützt.

Dem Recurse ist Seitens der Cassationsverklagten der Einwand der Unannehmbarkeit entgegengesetzt, indem behauptet und auszuführen gesucht wird, daß das Urtheil des Friedensgerichts zu Grumbach sich lediglich als ein rein präparatorisches in der Sache nichts entscheidendes charakterisire, daß das angefochtene, dieses Urtheil bestätigende Erkenntniß des Landgerichts zu Saarbrücken die prozessualische Natur desselben theile, und daher nach Art. 14 des Gesetzes vom 2. Brumaire IV der Cassationsrecurs erst nach ergangenem Definitiv-Urtheil eröffnet sein würde.

Die Cassationsklägerin behauptet die Statthaftigkeit des Rekurses, weil die vom zweiten Richter bestätigte Entscheidung in Ansehung des Legitimationspunktes ein definitives sei.

Zur Sache und zur Begründung des Cassationsmittels wird aufgestellt, die Erwägungen des angefochtenen Urtheils seien in doppelter Beziehung rechtsirrthümlich:

1) insofern der zweite Richter annehme, daß der im Art. 15 der Verfassung ausgesprochene Grundsatz sofort und ohne daß es eines Ausführungsgesetzes bedurft, in praktische Wirksamkeit getreten sei, daß also die vollständige Trennung der Kirche vom Staate schon durch diesen Artikel herbeigeführt worden sei;
2) weil der zweite Richter das von den Kirchenfabriken verwaltete Vermögen zum Kirchen-Vermögen rechne, während dasselbe rechtlich nur als ein zu kirchlichen Zwecken spezialisirtes Communal-Vermögen betrachtet werden könne.

Digitized by Google

Zu 1) wird auszuführen gesucht, daß der Art. 15 der Verfassung nur zu denjenigen Bestimmungen derselben gehöre, welche bloße Verheißungen und Grundsätze, wie sie dem Geiste der Verfassung gemäß gewesen, aussprächen, und welche, um in practische Anwendbarkeit zu treten, noch eines besonderen Ausführungsgesetzes bedürften. Dies ergebe sich aus der Natur der Sache. Kirche und Staat hätten sich zur Zeit der Emanation der Verfassung in Beziehung auf die Verwaltung der Vermögensangelegenheiten, bei welchen die Kirche interessirt gewesen, in einer Art langjähriger Communion befunden. Diese habe der Art. 15 ibid. mit einem Schlage nicht beseitigt, es habe vielmehr zwischen Kirche und Staat im Wege des Abkommens eine Auseinandersetzung erfolgen, und dieses Abkommen durch ein Ausführungsgesetz sanctionirt werden müssen, was aber bisher nicht geschehen sei. Der im Art. 15 loco citato enhaltene Ausdruck„ ordnet und verwaltet" stehe der Annahme nicht entgegen, daß nur ein bloßer Grundsatz habe ausgesprochen werden sollen, und ebensowenig spreche der Schlußsatz des Art. 15 für eine gegentheilige Annahme, da derselbe nur den Zweck habe, die Kirche gegen die in der vor Emanation der Verfassung vorangegangenen Zeit vielfach angeregte Säkularisation ihrer Güter sicher zu stellen und zugleich den Besitzstand als Maßstab für die künftige Auseinandersetzung zwischen Staat und Kirche zu bezeichnen, der Schlußsatz also bloß den Theilungsgrundsatz enthalte, die sofortige Auseinandersetzung aber nicht bewirke.

Die Wirkung des Art. 109 der Verfassung sei durch jene des Art. 15 ibid. bedingt. Enthalte dieser nur eine Verheißung, einen Grundsatz, so blieben auch die früheren Gesetze bestehen, selbst wenn sie dem Grundsatze zuwiderliefen, bis sie durch das zur Ausführung des Grundsatzes ergehende Gesetz beseitigt würden. Mit Unrecht habe daher auch der zweite Richter den Art. 15 durch Art. 109 der Verfassung für aufgehoben erachtet.

Ad 2) sucht der Cassationskläger auszuführen, daß hinsichtlich der Frage nach der rechtlichen Natur des von den Kirchenfabriken verwalteten Vermögens nicht das kanonische Recht, sondern lediglich die Gesetze des Staates maßgebend seien, welche bei Emanation der Verfassung vom 31. Januar 1850 in Wirksamkeit gewesen seien, daß diese Gesetze in dem Art. 76 des Gesetzes vom 18. Germinal X und dem Decret vom 30. Dezember 1809 beständen, diese aber das Kirchenfabrik-Vermögen augenscheinlich als ein zu kirchlichen Zwecken spezialisirtes Communal-Vermögen betrachteten und daß, da kein späteres Gesetz diesen rechtlichen Charakter geändert habe, dasselbe auch gegenwärtig nicht zu demjenigen Vermögen gehöre, auf welches sich die in der Verfassung verheißene oder *gewährte* Autonomie der katholischen Kirche beziehe, und folglich in den seine Verwaltung betreffenden Bestimmungen nichts geändert sei (Bezug genommen ist auf das Erkenntniß des Kgl. Ober-Tribunals, fünften Senats, vom 19. Mai 1863.)

3) behauptet die Cassationsklägerin dann aber auch weiter, daß man unter keinen Umständen den nach Maßgabe des Decretes vom 30. Dezember 1809 eingerichteten Kirchenfabriken den Charakter eines kirchlichen Instituts zugestehen könne. Dieselben könnten vielmehr, wolle man sie *nicht* als communale Anstalten betrachten, nur als Institute gemischter Natur aufgefaßt werden, in denen sich kirchliche und weltliche Beziehungen vereinigt fänden. Dies sei auch die Auffassung, von welcher auch das im Rhein. Archiv Band 58, I., Seite 56 seqq. abgedruckte Urtheil des Rhein.-Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 7. Januar 1864 ausgehe, und auf dessen Gründe gleichfalls Bezug genommen werde. Seien aber die Kirchenfabriken

Digitized by Google

nur gemischte Institute, so würden sie durch den Art. 15 der Verfassungs-Urkunde nicht berührt, vielmehr müsse ihre Verwaltung und Beaufsichtigung ganz in derselben Weise fortgeführt werden, wie vor der Verfassung, und so lange bis ein den Grundsätzen derselben mehr entsprechendes Organisationsgesetz die Sache regulire.

Der Antrag der Cassationsklägerin geht dahin:

Königl. Ober-Tribunal wolle das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Saarbrücken vom 17. Januar 1865 cassiren, die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder verordnen, sodann in der Sache selbst die Klage, unter Verurtheilung der Klägerin in die Kosten, abweisen.

Für die Cassationsverklagte ist erwidert:

Der im Art. 15 der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 ausgesprochene Grundsatz gehöre in die Kategorie derjenigen Bestimmungen derselben, welche sofort in Gültigkeit getreten seien. Es sei derselbe ebenso absolut hingestellt, wie dies bei den Bestimmungen der Art. 10 und 16 daselbst der Fall sei. Eine beschränktere Wirkung oder die augenblickliche Bedeutungslosigkeit derselben würde sich daher nur annehmen lassen, wenn etwa die Fassung darauf hindeutete, daß lediglich eine Verheißung habe gegeben werden sollen oder wenn innere Gründe entgegenständen, dem Art. 15 sofort eine practische Bedeutung beizumessen. Die Wortfassung drücke aber denselben zu keiner bloßen Verheißung herab, da der Grundsatz als etwas sofort Gewährtes und sofort Eintretendes hingestellt sei. Der Artikel habe den Zweck, die Kirche vom Staate zu emancipiren, insbesondere die staatliche Einmischung in die Ordnung und Verwaltung der Angelegenheiten der Religionsgesellschaften zu beseitigen.

Innere Gründe, die eine sofortige Emancipation unausführbar machten, seien nicht vorhanden, am wenigsten bezüglich der evangelischen und der römisch-katholischen Kirche, welche jede in ihrer Art mit fester Gliederung bereits versehen gewesen seien. Die staatliche Aufsicht habe daher ohne Gefahr sofort in Wegfall treten können, und daß sich die Emancipation nicht bloß auf die spiritualia sondern auch auf die temporalia erstrecken solle, könne nicht bezweifelt werden.

Die Schlußbestimmung des Art. 15 deute überdies darauf hin, daß die Selbstständigkeit der Kirche gerade auch auf die derselben gewährleisteten Vermögens-Objekte sich habe beziehen sollen.

Mit der ausgesprochenen Selbstständigkeit der Kirche würde unverträglich sein, wenn die Kirche, um als Klägerin oder Verklagte aufzutreten, noch der Autorisation einer staatlichen Behörde bedürfte.

Vorausgesetzt also, daß die Kirchenfabrik ein kirchliches Institut sei und Kirchen-Vermögen verwalte, könne von fernerer Anwendung des Art. 77 des Decrets vom 30. Dezember 1809 nicht die Rede sein.

Die Cassationsverklagte sucht hierauf die Behauptung, welche nach ihrer Ansicht auch die wesentliche Stütze des Cassationsmittels bilden solle, die Behauptung nämlich zu widerlegen, daß das Institut der Kirchenfabriken eine communale Einrichtung sei, und das Institut also als kirchliches nicht betrachtet werden könne.

Zur Begründung ihrer Ansicht, daß die Kirchenfabriken auch nach der Auffassung des Decrets vom 30. Dezember 1809 kirchliche Institute seien, wie sie es stets gewesen, weis't Cassationsbeklagte zunächst darauf hin, daß sich für den bürgerlichen und communalen Charakter des Instituts der Umstand nicht geltend machen lasse, (conf. Urtheil des Königl. Ober-Tri-

Digitized by Google

bunals vom 19. Mai 1863,) daß die Mitglieder der Fabrik — mit Ausnahme des Pfarrers — nur aus Laien beständen, da die Kirche nicht blos aus Geistlichen, sondern auch aus Laien bestehe, wie die §§. 58, 156, 157 Theil II Titel 11 des Allg. Landrechts bezeugten, und folglich auch kirchliche Behörden aus weltlichen Mitgliedern zusammengesetzt sein könnten. Sodann wird aus der Zusammensetzung des Kirchenraths nach den Vorschriften des Decrets, namentlich aus der wesentlich erforderlichen katholischen Eigenschaft der Mitglieder, aus der Stellung des Pfarrers in demselben, den dem Bischofe eingeräumten Befugnissen, zu zeigen gesucht, daß das Decret die Kirchenfabrik wesentlich als ein kirchliches Institut betrachte, und daß diejenigen Vorschriften desselben, welche eine Einwirkung der staatlichen Behörden statuirten, nur in dem Oberaufsichtsrecht, welches der Staat sich früher vindicirt gehabt habe, ihren Grund hätten.

Sei aber, so wird dann weiter gesagt, dieses Aufsichtsrecht weggefallen, so stehe der Kirchenfabrikrath nunmehr als selbstständiger Verwalter da, und es sei nur noch das Aufsichtsrecht der geistlichen Obern stehen geblieben.

Bezug genommen ist für die ganze Rechtsfrage auf das Werk des General-Advokat Saedt „die katholischen Kirchenfabriken," sowie auf ein neueres Urtheil des Rhein.-Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 9. Dezember 1864, worin auch die Rechtsfrage im Sinne des angegriffenen Urtheils entschieden sei.

Eventualiter, und für den Fall als die dem Cassationsrecurs entgegengesetzte, Unannehmbarkeitseinrede nicht für begründet erachtet werden sollte, ist für die Cassationsverklagte der Antrag gestellt:

> Königl. Ober-Tribunal wolle den Recurs gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Saarbrücken vom 7. Januar 1865 als unbegründet verwerfen und der Cassationsklägerin die Kosten des Verfahrens zur Last legen.

Es wird schließlich von der Cassationsverklagten darauf aufmerksam gemacht, daß sie sich event. zur Nachbringung der staatlichen Autorisation, falls sie für nothwendig erachtet werden sollte, in den Instanzen erboten habe, folglich jedenfalls eine Abweisung der Klage hier nicht erfolgen könne, vielmehr die Instanzrichter in die Lage gebracht werden müßten, über den an sich zulässigen Antrag wegen der Nachbringung zu entscheiden.

Es erging folgendes

Urtheil:

Auf die Einrede der Unannehmbarkeit des Cassationsrecurses, welche darauf gestützt ist, daß das angegriffene Urtheil ein rein präparatorisches sei und somit der Cassationsrecurs nach Art. 14 des Gesetzes vom 2. Brumaire Jahres IV, erst nach ergangenem Definitiv-Urtheile eröffnet sein werde;

I. E., daß der erhobenen Besitzstörungsklage der katholischen Kirchenfabrik zu Offenbach der Einwand entgegengesetzt war, daß Klägerin zur Erhebung der Klage Mangels der nach Art. 77 des Decrets vom 30. Dezember 1809, beziehungsweise des §. 5 des Ressortreglements vom 20. Juli 1818 dazu erforderlichen Autorisation der betreffenden Königl. Regierung nicht qualificirt sei;

Daß das Königl. Friedensgericht diesen Einwand vorab zum Gegenstande seiner Prüfung gemacht, darauf im Dispositiv seines Urtheils die Klägerin durch die vorliegende Autorisation des bischöflichen General-Vikariats zu Trier vom 15. September 1863 als gehörig ermächtigt zu der

Digitized by Google

Klage erklärt, und die fernere Verhandlung der Sache auf eine andere Sitzung vertagt hat;

Daß Klägerin wegen ihrer so zurückgewiesenen Inqualifikationseinrede appellirt und das Königl. Landgericht zu Saarbrücken durch das angegriffene Urtheil die eingelegte Berufung einfach verworfen hat, indem es mit dem ersten Richter ausführt, daß es nach Lage der jetzigen Gesetzgebung der Autorisation Seitens der Regierung zur Erhebung der Klage nicht mehr bedurft habe;

In. E., daß nun zwar die beiden Urtheile der Vorderrichter in Betreff der verworfenen Inqualifikationseinrede denselben rechtlichen Charakter haben;

Daß aber ein Urtheil, welches eine solche Einrede verwirft, kein blos präparatorisches, sondern ein definitives Urtheil über den Legitimationspunkt darstellt, indem es einen prozessualischen Incidentpunkt entscheidet und der Richter auch bei dem Erkenntnisse in der Sache selbst an diese Entscheidung gebunden bleibt, also auch hierbei der mögliche Rechtsnachtheil für den Beklagten, daß er den Streit mit einem zur Führung des Prozesses überhaupt nicht legitimirten Gegner hat führen müssen, nicht mehr beseitigt werden kann;

Daß daher der dem Cassationsrecurs entgegengesetzte Einwand der Unannehmbarkeit der Begründung entbehrt;

Zur Sache selbst:

In. E., daß die der evangelischen und der römisch-katholischen Kirche, sowie jeder anderen Religionsgesellschaft im Art. 15 der Verfassungs-Urkunde staatsgrundsätzlich zugesicherte Selbstständigkeit im Ordnen und Verwalten ihrer Angelegenheiten, allerdings nicht nur die inneren, sondern auch die äußeren Angelegenheiten dieser Kirchen und Religionsgesellschaften mithin auch deren Vermögensangelegenheiten begreift;

Daß indessen durch die im Art. 15 der Verfassungs-Urkunde enthaltene Bestimmung der Art. 77 des Decrets vom 30. Dezember 1809 über die Kirchenfabriken, wonach zur Anstellung eines Prozesses für Kirchenfabriken die Ermächtigung des Präfekten, jetzt der Regierung, erforderlich ist, keineswegs als aufgehoben zu betrachten ist;

In. E., daß nämlich die den Kirchen und namentlich der römisch-katholischen Kirche gewährte Selbstständigkeit immerhin auf das Separatgebiet ihrer innern und äußern Angelegenheiten beschränkt bleibt, und keine Ausdehnung auf solche Angelegenheiten gestattet, die zugleich Angelegenheiten anderer von der Kirche getrennter Rechtssubjekte sind;

Daß zu den Angelegenheiten der letztern Art die Verwaltung des zu den Zwecken des katholischen Cultus bestimmten Fabrik-Vermögens im Gebiete des Rhein. Appell.-Ger.-Hofes gehört, da für die Befriedigung der lokalen kirchlichen Bedürfnisse die Civilgemeinde gesetzlich nach dem Decrete vom 30. Dezember 1809 Art. 92 seqq. und anderen Bestimmungen unbestrittenermaßen theilweise principaliter, theilweise event. mit ihren eigenen Mitteln einstehen muß, und dem Staate, welcher das früher noch nicht veräußerte Fabrik-Vermögen den Kirchenfabriken restituirte in seinem und dem kirchlichen Interesse nöthigenfalls eine Beihülfe auferlegt ist, weshalb schon aus diesem Grunde auch für sie das rechtliche Interesse an der sorgfältigen und gesicherten Verwaltung eben dieses Vermögens zu Tage liegt, welchem entsprechend die Verwaltung dieses Vermögens sich auch in dem bezeichneten Decret regulirt findet;

Daß diese früheren gesetzlichen Bestimmungen über die demnach der katholischen Kirche, dem Staate und der Civilgemeinde gemeinschaftliche

Digitized by Google

Angelegenheit der Verwaltung des zu den Cultuszwecken bestimmten Vermögens durch den in dem betreffenden Theile, nur von den Angelegenheiten der Kirchen und Religionsgesellschaften handelnden Art. 15 der Verfassungs-Urkunde daher nicht betroffen sind;

Daß sonach das angegriffene Urtheil, indem es die Ermächtigung der Königl. Regierung zur Führung des von der Kirchenfabrik bei der katholischen Kirche zu Offenbach erhobenen Besitzstörungs-Prozesses nicht für erforderlich erachtete, den Art. 77 des Kaiserlichen Decretes vom 30. Dezember 1809 und den §. 5 des Ressortreglements vom 20. Juli 1818 verletzt und zugleich den Art. 15 der Verfassungs-Urkunde unrichtig angewendet hat;

Daß deshalb das angegriffene Urtheil der Vernichtung unterliegt, in der Sache selbst aber die von der Cassationsbeklagten bereits in den Instanzen begehrte Frist zur Beibringung der Autorisation der Königl. Regierung zu Trier der Beurtheilung der Instanzrichter zu überlassen ist;

Aus diesen Gründen

cassirt das Königl. Ober-Tribunal, fünfter Civil-Senat (Rheinischer Senat,) unter Verwerfung der dem Cassationsrecurs entgegengesetzten Unannehmbarkeitseinrede, das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Saarbrücken vom 17. Januar 1865.

Sitzung vom 5. Dezember 1865.

Ref.: H. Geh. O.-Tr.-R. Weißgerber.

Concl.: H. O. St.-A. Grimm.

Advokaten: Mecke — Dorn.

Schulversäumnisse. — Befugniß des Richters. — Pflichten der Eltern.

Der Richter ist verpflichtet, sobald eine Schulversäumniß erwiesen ist, die gesetzliche Strafe zu verhängen.

Eltern genügen der Pflicht für den Schulbesuch ihrer Kinder zu sorgen, nicht durch ein bloses Geheiß, zur Schule zu gehen, vielmehr haben dieselben alle in der elterlichen Gewalt liegenden Mittel anzuwenden, widrigenfalls Strafe eintritt.

Oeffentliches Ministerium — Schmitz.

Auf Grund der von dem Lehrer zu Neuß aufgestellten, von dem Pfarrer revidirten und dem Bürgermeister eingereichten Schulversäumnißliste vom 31. Oktober 1866 ist der Bahnwärter Arnold Schmitz unter der Beschuldigung, daß sein Sohn Johann im genannten Monate die Schule versäumt habe, vor das dortige Polizeigericht gestellt worden. Seine von ihm bevollmächtigte Ehefrau erklärte in der Sitzung vom 3. Januar 1867, daß sie ihr Kind immer regelmäßig zur Schule geschickt hätten, und wenn dasselbe nicht da gewesen, so sei es an der Schule vorbeigelaufen.

Der Polizeianwalt beantragte die Bestrafung der Beschuldigten nach der Allerh. Cabinets-Ordre vom 20. Juni 1835 mit einer Geldbuße von

Digitized by Google

zehn Sgroschen, event. verhältnißmäßiger Gefängnißstrafe. Das Polizeigericht erkannte jedoch auf Freisprechung, indem es erwog:

J. E., daß von Seiten des Beschuldigten behauptet wird, daß der Sohn Johann ununterbrochen zur Schule geschickt worden sei, und, wenn er nicht da gewesen, an der Schule vorbeigelaufen sein müsse;

J. E., daß die Richtigkeit dieser Aussage unter den angegebenen Umständen nicht bezweifelt werden kann, deshalb, indem einestheils eine jedesmalige Ablieferung in der Schule dem Beschuldigten nicht obliegt, anderentheils derselbe auch als Bahnwärter dazu außer Stande ist, kein Grund vorliegt, von der ertheilten Befugniß Gebrauch zu machen;

Am fünften desselben Monats legte der Polizeianwalt den Cassationsrecurs gegen dieses Urtheil ein. Der Cassationskläger hält in seinem Einsendungsberichte an den Königl. Ober-Prokurator in Düsseldorf die Anschauungsweise des Polizeirichters für unrichtig, weil die Eltern für die Schulversäumnisse ihrer Kinder verantwortlich seien und für das Interesse der Schul-Ordnung um so gefährlicher, als dergleichen Entschuldigungsgründe, wenn ihre Annahme bekannt würde, sehr wahrscheinlich öfter und hauptsächlich von denjenigen vorgebracht werden dürften, welche öfter und sogar monatlich wegen der Schulversäumnisse ihrer Kinder zur Verantwortung zu ziehen seien.

Das Ober-Tribunal erkannte wie folgt:

J. E., daß die Nro. 1 der Allerh. Cabinets-Ordre vom 14. Mai 1825 den Eltern gebietet, ihre Kinder zur Schule zu schicken, und es zur Pflicht des Richters macht, die Uebertretung dieses Gebots zu bestrafen;

Daß der Ausdruck in Nro. 3 der Allerh. Cabinets-Ordre vom 20. Juni 1835, die Polizei-Verwaltungsbehörden sind **befugt**, gegen die schuldigen Eltern — eine Strafe — zu erkennen", nur den Zweck habe, die Competenz der Verwaltungsbehörden, statt der bis dahin bestandenen richterlichen Competenz, zu bezeichnen, keineswegs aber die Pflicht, die Uebertretung der Nro. 1 der Allerh. Cabinets-Ordre von 1825 zu bestrafen, in eine bloße Befugniß zu verwandeln, vermöge welcher die Bestrafung der Schuldigen auch unterbleiben könnte;

Daß der Polizeirichter, dessen Competenz durch Art. 14 des Einführungs-Gesetzes vom 14. April 1851 wieder hergestellt worden ist, demnach nur zu untersuchen hat, ob ein Beschuldigter den Nros. 1—3 der Allerh. Cabinets-Ordre vom 14. Mai 1825 zuwidergehandelt habe, und, wenn dies der Fall, die in Nro. 3 der Allerh. Cabinets-Ordre von 1835 angedrohte Strafe zur Anwendung bringen muß;

Daß der vorige Richter daher, insofern er sich für befugt erachtet, von der Anwendung dieser Strafe auf die Uebertretung der Allerh. Cabinets-Ordre von 1825 Gebrauch zu machen oder nicht, beide citirte Allerh. Cabinets-Ordres unrichtig ausgelegt hat;

J. E., daß der Verantwortlichkeit der Eltern für den Schulbesuch ihrer Kinder, nach Nro. 1 u. 2 der Allerh. Cabinets-Ordre von 1825 in ihrer ausdrücklich beabsichtigten Uebereinstimmung mit den §§. 43 und 46 II, 12 Allgem. Landrechts nicht dadurch Genüge geschehen kann, daß die Eltern ihre Kinder mit bloßen Worten in die Schule zu gehen heißen, sondern dieselbe so lange nicht erfüllt wird, als die Eltern die in ihrer natürlichen und gesetzlichen Gewalt über die Kinder liegenden Mittel nicht anwenden, um den Schulbesuch ihrer Kinder zu sichern;

Daß eine Vernachlässigung dieser Mittel in den angefochtenen Gesetzen unterstellt und mit Strafe bedroht ist, wenn die Kinder die Schule nicht

Digitized by Google

wirklich besuchen oder die Eltern nicht wenigstens den Beweis führen, daß sie ihre Kinder mit den ihnen zu Gebote stehenden Mitteln des elterlichen Ansehens und der Zucht zum Schulbesuche angehalten haben, wozu es nicht erforderlich ist, daß sie die Kinder zur Schule hinführen;

Daß der vorige Richter mithin auch die Absicht der Allerh. Cabinets-Ordre vom 14. Mai 1825 verkannt und die darnach unter Strafe gestellte Vernachlässigung der elterlichen Pflicht, den Schulbesuch ihrer Kinder zu sichern, zu eng aufgefaßt hat;

Aus diesen Gründen

cassirt das Königl. Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, Abtheilung II., das Urtheil des Königl. Polizeigerichts zu Neuß vom 3 Januar 1867.

Sitzung vom 7. Februar 1867.

Ref.: H. Geh. O.-Tr.-R. v. Seckendorff.

Concl.: H. O.-St.-A. Oppenhof.

Lehrer. — Schulversäumnißliste.

Der von einem öffentlichen Gemeinde-Lehrer in Gemäßheit der Allerh. Cabinets-Ordre vom 20. Juni 1835 angefertigten Schulversäumnißliste ist als einem amtlichen Nachweis Glauben beizumessen bis zum Beweise der Unrichtigkeit.

Oeffentliches Ministerium — Koch.

Der Wirth Koch zu Dhünn hat in der Sitzung des Königl. Polzeigerichtes zu Wermelskirchen vom 8. November 1866 die Beschuldigung:

seine Tochter Elise im Monat August eilf Tage aus der Schule gehalten zu haben,

bestritten und der Polizeianwalt zum Beweise derselben die gemöß Nro. 2 der Allerh. Cabinets-Ordre vom 20. Juni 1835 von dem Lehrer angefertigte, von dem Ortsschulvorstande attestirte und von dem Bürgermeister eingereichte Schulversäumnißliste vorgelegt, mit der Erklärung, daß es eines andern Beweismittels nicht bedürfe.

Das Polizeigericht sprach jedoch den Beschuldigten frei aus folgenden Gründen:

In. E., daß der Polizeianwalt zum Beweise der Contravention sich auf die von dem betreffenden Lehrer, dem betreffenden Pfarrer und von diesem dem betreffenden Bürgermeister zur Bestrafung eingesandte Versäumnißliste, mit der Behauptung berufen hat, diese Liste habe die Beweiskraft der im Art. 154 der Criminal-Prozeß-Ordnung aufgeführten Protocolle;

Daß nach dem allegirten Artikel Polizeiübertretungen entweder durch Protocolle oder Berichte bewiesen werden oder in Ermangelung von Protocollen und Berichten, durch Zeugen;

Daß in dem ferneren Conterte des bezogenen Artikels der Unterschied gemacht wird, zwischen Protocollen von Polizeibeamten, welche von dem Gesetze die Gewalt haben, Uebertretungen bis zur Einschreibung zur Fälschungsklage zu constatiren und zwischen solchen von Agenten, Angestellten oder Beamten, den das Gesetz dieses Recht nicht beilegt;

Daß jedoch ein Lehrer weder zu der ersten, noch zu der zweiten Kategorie gehört;

Digitized by Google

Daß wenn auch ein Lehrer vor dem Beginn seiner Thätigkeit einen Eid zu leisten hat, dieser sich nur auf die allgemeinen Pflichten jedes Staatsbürgers und außerdem nur auf die speziellen, dem Lehrer als solchem obliegenden Verbindlichkeiten bezieht;

Daß ein fernerer Beweis weder vorliegt, noch erboten ist;

Auf den erhobenen Cassationsrecurs erkannte das Ober-Tribunal wie folgt:

In E., daß die Lehrer der Gemeindeschulen öffentliche Beamten sind, und es zu den besonderen Pflichten ihres Amtes gehört, den regelmäßigen Schulbesuch der Kinder zu überwachen und die Versäumniß desselben gemäß Nro. 2 der Allerh. Cabinets-Ordre vom 20. Juni 1835 in eine Liste einzutragen, welche monatlich dem Ortsschulvorstande und dem Bürgermeister zur Veranlassung der Bestrafung der beklagten Eltern einzureichen ist;

Daß der Bürgermeister die Liste nach Aufhebung der in Nro. 1 daselbst bestimmten Strafbefugniß der Verwaltungsbehörden durch Art. 15 des Einführungsgesetzes vom 14. April 1851 zwar an den Polizeianwalt behufs der Verfolgung der Eltern bei dem Polizeigerichte abzugeben, die Liste selbst aber dadurch nicht aufgehört hat, einen amtlichen Nachweis oder Bericht über die nicht entschuldigten Schulversäumnisse auszumachen, welchem bis zum Beweise seiner Unrichtigkeit Glaube beizumessen ist;

Daß mithin das angegriffene Urtheil, weil es der vorliegenden vorschriftsmäßigen Versäumnißliste des Lehrers der Gemeinde Dhünn vom 1. September 1866 alle Beweiskraft absprach, die Allerh. Cabinets-Ordre vom 20. Juni 1835 verletzt hat;

Aus diesen Gründen

cassirt das Königl. Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, Abtheil. II., das Urtheil des Königl. Polizeigerichtes zu Wermelskirchen vom 8. November 1866.

Sitzung vom 7. Februar 1867.

Ref.: H. Geh. O.-Tr.-R. v. Seckendorff.

Concl.: H. O.-St.-A. Oppenhof.

Schulversäumnisse. — Schulpflichtigkeit.

Die Schulpflichtigkeit eines Kindes hört nicht unbedingt mit vollendetem 14. Lebensjahre auf.

Oeffentliches Ministerium — Schüffelgen.

Johann Schüffelgen, war auf den 2. November v. J. vor das Königl. Polizeigericht in Rheinbach geladen, unter der Beschuldigung:

in der Zeit vom 10. bis zum 15. September desselben Jahres seinen Sohn Michael Schüffelgen ohne gegründete Entschuldigung nicht zur Schule geschickt zu haben.

Schüffelgen behauptete, sein Sohn sei zum Schulbesuche nicht mehr verpflichtet, weil er das 14. Lebensjahr zurückgelegt hätte, wogegen der Polizeianwalt, indem er diese Thatsache einräumte, sich auf Nro. 2 der Allerh. Cabinets-Ordre vom 14. Mai 1825 und ein Rescript der Königl. Regierung zu Köln vom 7. April 1865 berief, worin es heißt: daß

Digitized by Google

Kinder, welche in der Entlassungsprüfung nicht die hinreichenden Kenntnisse und Fertigkeiten, deren Minimum in der Schul-Verordnung vom 26. Juli 1827 näher bezeichnet ist, an den Tag legen, auch über das 14. Lebensjahr hinaus zum Schulbesuch verpflichtet sind, insbesondere wenn der Mangel an Kenntnissen die Folge des frühern unregelmäßigen Schulbesuches und der Trägheit ist — und das höchste Strafmaß nach der Cabinets-Ordre vom 20. Juni 1835 in einem Thaler Geldbuße event. 24 Stunden Gefängniß beantragte.

Das Königl. Polizeigericht sprach jedoch den Beschuldigten von Strafe und Kosten frei.

J. E, daß von Seiten des öffentl. Ministeriums das Alter der hier fraglichen Kinder über 14 Jahre angegeben, aber bemerkt wird, daß der Ausdruck Kind, im Gesetz nicht maßgebend sei, da die diesseitige Gesetzgebung im Gegensatze zu der Altländischen keine Grenze des Alters der Kinder kenne, sondern nur Puberes und Impuberes unterscheidet, und die Mündigkeit beim weiblichen Geschlechte erst mit dem zurückgelegten 15. Lebensjahre, beim männlichen Geschlechte aber erst mit dem zurückgelegten 18. Lebensjahre, eintrete;

Daß hiergegen zu erinnern, daß im Eingange des Gesetzes vom 14. Mai 1825 ausdrücklich gesagt ist, daß die neue Schul-Ordnung auch in der diesseitigen Provinz in Uebereinstimmung mit den Vorschriften des allg. Landrechts festgestellt werde; daß aber wenn man den Einwand, der oben gemacht ist, annehmen wollte, keine Uebereinstimmung der Bestimmung für die ganze Monarchie bestände, sondern eine Verschiedenheit;

Daß es richtig, daß Nro. 2 des Gesetzes vom 14. Mai 1825 bestimmt, daß der Schulbesuch so lange festgesetzt werden müsse, bis das Kind nach dem Befunde seines Seelsorgers die nothwendigen Kenntnisse erworben habe;

Daß die Allerh. Cabinets-Ordre vom 20. Juni 1835 hierin nichts ändert, nur im §. 4 zusätzlich bestimmt, daß die Normen über den Schulunterricht, auch auf die Vernachlässigung des von den Geistlichen den schulpflichtigen Kindern zu ertheilenden Religionsunterrichts Anwendung finden;

Daß in diesen gesetzlichen Bestimmungen, in welcher der Anfang mit dem 5. Jahre festgesetzt ist, allerdings die Angabe des bestimmten Jahres fehlt, bis zu welchem der Unterricht, unter Polizeistrafe fortgesetzt werden muß;

Daß es zu großen Inconvenienzen führen würde, wenn ein solcher Zeitpunkt gesetzlich nicht bestände;

Daß, wie oben bereits angegeben, lediglich im Landrecht die Interpretation des daraus wörtlich entnommenen Gesetzes zu suchen und daraus herzuleiten ist;

Daß nun die Bestimmungen des Landrechts (Th. I Tit. I. §§. 25 u. 26) die Pubertät des Menschen auf das 14. Lebensjahr festsetzen, Pubertät aber Geschlechtsreife ist, wonach der Mündige erwachsen und also kein Kind mehr ist, die Schulpflichtigkeit aber nur bei Kindern eintritt;

Daß aber auch abgesehen hiervon, das Landrecht an die Pubertät Folgen knüpft, welche mit dem Schulzwange sich nicht vereinigen lassen, so namentlich (Th. II. Tit. I. §. 37) die Bestimmung, daß ein Mädchen von 14 Jahren schon heirathen kann, der Sohn mit dem 14. Jahre eine eigene Wirthschaft mit Genehmignng des Familienrathes zu gründen befugt ist; (Th. II. Tit. 2 §. 116);' —

Digitized by Google

Daß ein Zwang zum Religionsunterricht, wie aus den §§. 83 u. 85 Th. II. Tit 2 erhellt und hier sehr erheblich, nach dem 14. Jahre gar nicht stattfindet und es hiermit, wie gesagt, ganz unverträglich ist, Kinder über das 14. Lebensjahr hinaus nach der Schule zwingen zu wollen;

Daß in Uebereinstimmung mit diesen gesetzlichen Bestimmungen denn auch die Königl. Regierung zu Köln in ihrer Instruction vom 26. Januar cur. verordnet hat, daß die Orts-Polizei-Behörde eine vollständige Liste der im Schulbezirk lebenden Kinder von 5 bis 14 Jahren aufzustellen haben, und nur auf Grund dieser Listen die Verfolgung der Eltern wegen der Schulversäumnisse eintreten soll, die Ausdehnung der heute vorgelegten gar nicht publicirten Verordnung vom 7. April 1865 darin nicht erwähnt ist;

Daß, wenn hiernach die Vorschriften des Allg. Landrechts als maßgebend anzusehen sind, auch die im §. 2 des Gesetzes vom 14. Mai 1825 genannten Seelsorger sich hiernach zu richten haben werden und es von ihrem Befunde nicht abhängig sein kann, ein Kind nach dem 14. Jahre in der Schule zu halten, oder zum Religionsunterrichte unter Polizeistrafe zwingen zu lassen;

Daß im Uebrigen darüber nicht einmal etwas vorliegt, daß der normalmäßige Termin, wie es im §. 1 der Instruction vom 7. April 1865 heißt, zur Prüfung eingehalten worden und sich bei der Prüfung herausgestellt, daß die fraglichen Kinder nicht die hinreichenden Kenntnisse an den Tag gelegt haben, was auch ohne Belang ist, weil die Richtigkeit vorstehender Erwägungen angenommen, selbstredend alle Verfügungen der Verwaltungsbehörden, die mit dem Gesetze nicht zu vereinbaren sind, auch von dem Richter nicht berücksichtigt werden können (§. 17 des Gesetzes über die Polizei-Verwaltung vom 11. März 1850);

Daß die angeführte Entscheidung des Ober-Tribunals einen ganz andern Fall vor Augen hat;

Daß nach allem diesem es keinem Zweifel unterliegt, daß die Eltern unter Polizeistrafe nicht angehalten werden können, die Kinder über 14 Jahre zum Schul- und Religionsunterricht zu schicken, die Beschuldigten daher freizusprechen sind;

Auf den von dem Polizeianwalt eingelegten Cassationsrecurs erließ das Ober-Tribunal folgendes

Urtheil:

J. E., daß nach Nro. 2 der Allerh. Cabinets-Ordre vom 14. Mai 1825 wie nach §. 46 Th. II. Tit. 12 des Allg. Landrechts das Ende des regelmäßigen Schulbesuches nicht allgemein mit einem bestimmten Lebensalter der Kinder, sondern je nach dem Erfolge des Unterrichts bei jedem einzelnen Kinde eintreten soll;

Daß diese Vorschrift augenscheinlich, absichtlich im Gegensatze zu der Bestimmung in Nro. 1 beziehungsweise Nro. 43 daselbst über den Anfang des Schulunterrichtes getroffen ist;

Daß der Eingang dieser Allerh. Cabinets-Ordre unter den Vorschriften des Allg. Landrechtes mit welchen in Uebereinstimmung sie erlassen wurde, keine andere begreifen kann, als die §§. 43 und folgende des 12. Tit. II. Th.;

Daß der Ausdruck „Kinder" in den §§. 43 und folgende und in der Allerh. Cabinets-Ordre von 1825 nur in ihrem Verhältnisse zu den Eltern gebraucht ist, und die §§. 25 u. 26 Th. I. Tit. 1 des Allg. Landrechts für dessen Verhältniß in der vorliegenden Materie schon deshalb unerheblich

Digitized by Google

ſind, weil hiernach auch die Unmündigen, welche das 7. Lebensjahr zurückgelegt haben, nicht mehr Kinder heißen;

Daß ebenſowenig der §. 37 Th. II. Tit. 1, die §§. 111 — 116 und die §§. 83 bis 85 Th. II. Tit. 2 des Allg. Landrechts in irgend einer Beziehung zu der Allerh. Cabinets-Ordre vom 14. Mai 1825 ſtehen und die Befolgung der an ſich klaren Vorſchriften in 1 und 2 daſelbſt beeinfluſſen können;

Daß daher das angegriffene Urtheil wegen Verletzung der Allerh. Cabinets-Ordre vom 14. Mai 1825 und der daran anknüpfenden Allerh. Cabinets-Ordre vom 20. Juni 1835 und wegen unrichtiger Anwendung der angeführten Paragraphen des Allg. Landrechts der Caſſation unterliegt;

J. E., daß die genannten Allerh. Cabinets-Ordres von 1825 und 1835 ſeitdem keine andere geſetzliche Aenderung erlitten haben, als daß die darin angeordnete Strafbefugniß der Verwaltungsbehörden auf die Gerichte übergegangen iſt;

Daß nach §. 2 der Allerh. Cabinets-Ordre vom 20. Juni 1835 das adminiſtrative Strafverfahren auf Grund der von dem Lehrer angefertigten und von dem Orts-Schulvorſtande atteſtirten Schulverſäumnißliſte veranlaßt werden ſollte;

Daß der vorliegenden Schulverſäumnißliſte aber eine Inſtruction der Königl. Regierung in Köln vom 26. Januar 1866 beigedruckt iſt, nach deren §. 1 nur Kinder im Alter von 5 bis 14 Jahren in dieſelbe aufgenommen werden ſollten;

Daß die Aufnahme der ältern Kinder der Caſſationsverklagten in dieſelbe, auf Grund eines Reſcripts der Königl. Regierung vom 7. April 1865 und des Ergebniſſes der darnach mit Rückſicht auf Nro. 2 der Allerh. Cabinets-Ordre vom 14. Mai 1825 veranſtalteten Prüfung jener Kinder, erfolgt ſein ſoll, allein weder das Reſcript vorliegt, noch die Prüfung thatſächlich feſtgeſtellt iſt;

Aus dieſen Gründen

caſſirt das Königl. Ober-Tribunal, Senat für Strafſachen, Abtheil. II., das Urtheil des Königl. Polizeigerichts zu Rheinbach vom 2. November 1866, verordnet die Beiſchreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des caſſirten; verweiſet ſodann die Sache ſelbſt zur anderweiten Verhandlung und Entſcheidung an das Königl. Polizeigericht zu Bonn Nro. II.

Sitzung vom 7. Februar 1867.

Ref.: H. Geh. O.-Tr.-R. v. Seckendorff.

Concl.: H. O.-St.-A. Oppenhof.

Digitized by Google

Zweite Abtheilung

B.

Landgerichtliche Entscheidungen, Ministerial-Rescripte und juristische Abhandlungen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Ueber das Eigenthum an den Kirchhöfen des linken Rheinufers.

Der vorliegende Aufsatz wird darzuthun versuchen, daß nach der bestehenden Gesetzgebung das Eigenthum der Kirchhöfe im linksrheinischen Theile der Rheinprovinz lediglich den Civilgemeinden zusteht und daß Gesellschaften und insbesondere kirchliche Gemeinden Eigenthumsträger von Kirchhöfen nicht sein können.

Unter den Gesetzen, von welchen die Lösung der Frage abhängt, nimmt das Decret über das Begräbnißwesen vom 23. Prairial XII. die erste Stelle ein.

Seine meisten Bestimmungen betreffen die Kirchhöfe sämmtlicher Gemeinden. Einige Artikel dagegen beziehen sich, wörtlich genommen, nur auf die „villes et bourgs", denen darin vorgeschrieben wird, ihre Kirchhöfe in eine gewisse Entfernung von ihrem Beringe zu verlegen.

Ob diese Vorschrift nicht, mittelst Erweiterung ihres buchstäblichen Sinnes, auf andere Gemeinden, insofern sie geschlossene Ortschaften bildeten, Anwendung zu finden habe, ist in Frankreich, wie Dalloz, rép. de Jurisprudence, m. Culte, Nro. 790 berichtet, bis zur Emanation eines in jüngerer Zeit erfolgten Gesetzes streitig gewesen.

Unbestritten war, daß die Herstellung neuer Kirchhöfe, mochte sie aus diesem oder jenem Grunde Bedürfniß sein, lediglich den Civilgemeinden zur Last fiel.

Dieser Grundsatz wird schon von der, dem Prärial-Decrete zu Grunde liegenden déclaration concernant les inhumations vom 10. März 1776 ausgesprochen, indem die Annahme, daß unter den zur Errichtung von Kirchhöfen verpflichtet erklärten „villes et communautés" die Civilgemeinden verstanden sind, mit Rücksicht auf den damaligen Sprachgebrauch und den Zusammenhang der betreffenden Gesetzesstellen keinem gegründeten Bedenken unterliegt.

Aus dem Prärial-Decrete ergeben sich zwei — vorläufig zu erörternde — Verhältnisse:

Zunächst, daß das Gesetz von der unzweifelhaft gewollten Regel der Beerdigung aller Leichen auf den öffentlichen Kirchhöfen, nur eine einzige sehr beschränkte Ausnahme anerkennt, die darin besteht, daß nach Art. 14 jede Person das Recht haben soll, sich auf ihrem Privateigenthum, sofern es nur in der gesetzlichen Entfernung belegen ist, beerdigen zu lassen. Ueber Sinn und Tragkraft dieses exceptionellen Rechtes ist die Jurisprudenz einig: die vom Eigenthümer auf seinem Grund und Boden gewählte

Digitized by Google

Ruhestätte darf als Begräbnißort nur für ihn und seine Familienangehörigen dienen, kann daher auf dritte Personen mit der Wirkung, auch ihnen daselbst die Beerdigung zu ermöglichen, nicht übertragen oder vererbt werden. Jeder Zuwiderhandlung würden, obwohl der Platz Privateigenthum bleibt, die Gemeindebehörden, vermöge der ihnen zugewiesenen beschränkenden Gerechtsame (Art. 16 des Decrets) entgegen treten können und müssen (Dalloz, Nro. 786 und das daselbst citirte Staatsrathsgutachten und Erkenntniß des Cassationshofes zu Paris.) Der Grund des Gesetzes und der sich ihm anschließenden Jurisprudenz ist einleuchtend: im öffentlichen Interesse mußte der Ausartung bloßer Privat-Begräbnißstätten in Kirchhöfe für eine Mehrheit von Personen vorgebeugt werden. Dies erscheint um so nothwendiger, als die nach dem Decrete vom 7. März 1808 bestehenden polizeilichen Beschränkungen hinsichtlich des Bauens auf einen derartigen Privat-Friedhof keine Anwendung finden würden, auch nicht einmal, da ihnen der Charakter von Prädial-Servituten abgeht, durch Rechtsgeschäfte mit den Nachbarn in dinglich wirksamer Weise begründet werden könnten. Das Gesetz versagt mithin den Privat-Kirchhöfen für Gesellschaften oder Genossenschaften jegliche Anerkennung.

Der Art. 15 des Prärial-Decrets will in Gemeinden, wo mehrere Culte geübt werden, jedem Cultus seinen besonderen Begräbnißplatz oder wenigstens eine Abtheilung des Kirchhofs, wenn nur einer vorhanden ist, überwiesen wissen. Diese Vorschrift kommt schon nach ihrer Wortfassung „où l'on professe plusieurs cultes" bloß da, wo der Gottesdienst verschiedener Confessionen gemeindlich organisirt ist, zur Anwendung, bleibt also unberücksichtigt, wenn in einer überwiegend katholischen Gemeinde Protestanten zerstreut wohnen, oder der umgekehrte Fall eintritt; es ist aber weiter anzuerkennen, daß in Fällen, wo die Abtheilung eintreten soll, hierauf und hieraus exclusive Privatrechte, etwa in der Art, wie sie den Familien an ihren Privat-Begräbnißstätten zustehen, den verschiedenen Religionsgesellschaften nach dem Gesetze nicht erwachsen. Daher würde keine Religionspartei es als ihr Recht beanspruchen können, daß auf dem ihr überwiesenen Platze schlechthin nur die Leichen solcher Personen, die ihr verfassungsmäßig angehört haben, bestattet werden dürften. Dem so erhobenen Anspruche stände nicht nur der Art. 19 des Prärial-Decrets, wodurch der Gemeindebehörde das Recht und die Pflicht zur selbstständigen Vornahme der Beerdigungen zugesprochen ist, sondern auch die Natur des vom Art. 15 gewollten Verhältnisses entgegen. Intendirt ist nämlich dabei lediglich eine Verfügung an die Behörden, auf die confessionellen Verschiedenheiten und Anschauungen in der bezeichneten Weise bei Einrichtung der Begräbnißplätze Rücksicht zu nehmen. So faßt der Art. 15 ein Erkenntniß des Gerichtshofs zur Entscheidung der Competenz-Conflicte vom 7. October 1854, in wesentlicher Uebereinstimmung mit der französischen Doctrin auf, welche Beschwerden und Streitigkeiten, wozu die Frage der Abtheilung Anlaß gibt, dem Minister des Innern zur Erledigung überwiesen wissen will. Um das Verhältniß klar zu stellen, mag der Fall erwähnt werden, wenn für eine größere Stadt verschiedene Kirchhöfe bestehen oder errichtet werden sollen mit der Bestimmung, daß jeder derselben für das Bedürfniß eines gewissen Districts zu dienen habe — man würde die Natur einer solchen polizeilichen Maßnahme gänzlich verkennen, wollte man den Einwohnern eines solchen Stadt-Districts ein

Digitized by Google

eigentliches oder gar ausschließliches Recht auf Benutzung ihres Sections-Kirchhofes zusprechen und sie, in dieser Beziehung als allein berechtigte Sondergemeinde betrachten. Für das Preußische linke Rheinufer ist übrigens durch die (vermöge ihrer Bekanntmachung an die ausführenden Behörden genügend publicirte) Allerh. Cab.-Ordre vom 27. August 1819 der Art. 15 des Decrets aufgehoben. Die Frage über die confessionelle Abtheilung soll hiernach dem völlig freien Ermessen der Behörden anheim fallen. Die vorstehende Erörterung erschien jedoch angemessen, um die Bedeutung des Art. 15 im System des Prärial-Decrets hervortreten zu lassen. —

Wirft man nun die Frage auf, wer Eigenthümer der öffentlichen Kirchhöfe ist und sein kann, so wird vor Allem festgehalten werden müssen, daß dabei nicht an den Begriff des Privateigenthums — nach der Definition des Art. 544 des B.-G.-B. der unbedingten Herrschaft, der Möglichkeit jeder denkbaren Verfügung über den Gegenstand — gedacht werden darf; denn ein derartiges Dispositions- und Benutzungsrecht würde den Kirchhof seiner Bestimmung zu entziehen, in seinem Wesen zu vernichten geeignet sein, was natürlich unzulässig ist. Vielmehr sind die Kirchhöfe gar kein Object des Privateigenthums. Sie sind öffentliche Anstalten, gehören vermöge ihrer Natur, wie die Doctrin ganz übereinstimmend bezeugt, zu dem im Art. 538 des B.-G.-B. charakterisirten *domaine public*. Des Ausdrucks „propriété" bedient sich bei Gegenständen dieser Art die französische Terminologie fast nie. Im Deutschen fehlt es an einem besonderen technischen Worte. Man spricht, wo es das Bedürfniß verlangt, kurzweg vom „Eigenthum," hat jedoch selbstredend hierbei den Begriff des besonderen öffentlichen Eigenthums, wie es bei den Gegenständen öffentlicher Anstalten hervortritt, im Sinne. In dieser Bedeutung soll denn auch in der Folge, wenn von dem Eigenthum an Kirchhöfen ohne Zusatz die Rede ist, der Ausdruck gefaßt werden.

In diesem Sinne haben Kirchhöfe so gut, als alle andern Kategorien des domaine public ihren Eigenthumsträger.

Dem gewöhnlichen Privateigenthum ist das öffentliche Eigenthum verwandt; denn es gewährt analog jene Herrschaft über den ihm unterworfenen Gegenstand, in welcher sich das eigentliche Wesen des Rechtsverhältnisses ausspricht. Die nähere Bestimmung seines materiellen Gehalts aber ergibt sich, indem man von der Gesammtheit der im Privateigenthume liegenden höchst mannigfaltigen Rechte die Befugniß zu solchen Dispositions- und Benutzungsarten, welche in ihrer Ausübung den öffentlichen Zweck der Sache schmälern oder gar aufheben würden, abstreift; die dann noch verbleibenden charakteristischen Momente des Eigenthums lassen, in Verbindung mit gewissen bei allen Kategorien des domaine public wesentlich hervortretenden Pflichten, die Persönlichkeit, in welcher diese verschiedenen Attributionen verfassungsmäßig concurriren, als Eigenthümer, als Repräsentanten der öffentlichen Anstalt erscheinen. Im Einzelnen kennzeichnet sich hiernach der Träger des öffentlichen Eigenthums durch das Recht und die Pflicht

1) zur ausschließlichen, gewöhnlichen Verwaltung;

2) zu solchen Verfügungen, welche sich dem Zwecke der Sache anschließen;

3) zur Herstellung der Sache;

Digitized by Google

4) zum Schutze des Gegenstandes gegenüber den Eingriffen unbefugter Personen, sei es im polizeilichen, sei es im gerichtlichen Wege; — ferner

5) durch das Recht des Bezugs etwaiger Nutzungen und Einkünfte, sowie auch durch die Befugniß, den Gegenstand, nachdem verfassungsmäßig sein öffentlicher Zweck beseitigt ist, als nutzbares Privateigenthum zu behandeln.

Hierbei muß jedoch noch bemerkt werden, daß der Gehalt des so gestalteten Eigenthums auf ähnliche Weise, wie dies bei dem gewöhnlichen Eigenthume zulässig ist, in seinem Umfange beschränkt werden kann, ohne daß deshalb der Begriff des an einen bestimmten Träger geknüpften Eigenthums überhaupt wegfiele; und hierdurch wird es möglich, daß einzelne der obigen Attributionen dem Eigenthümer nicht oder nicht uneingeschränkt zukommen. Es sind namentlich die höheren Staatsgewalten, denen in Fällen, wo der Staat als Eigenthümer der Anstalt nicht erscheint, Einfluß und Mitwirkung von den Gesetzen zugesichert wird. Die mehr civilrechtlichen Bestandtheile des öffentlichen Eigenthums, deren am Schlusse der oben aufgeführten Reihe von Kennzeichen des Verhältnisses (sub 5) gedacht ist, können selbst in den Besitz von Privatpersonen gelangen. In dieser Beziehung herrscht, wie die Betrachtung der verschiedenen Classen des öffentlichen Eigenthums lehrt, große Mannigfaltigkeit, zumal selbst Gegenstände des domaine public vorkommen, bei welchen das Eigenthum fast nur als Last und Pflicht in die äußere Erscheinung zu treten pflegt. Daß unter Umständen, im Hinblick auf derartige Verhältnisse, die Bestimmung der Person des wahren Eigenthumsträgers erschwert sein kann, leuchtet ein; es bleibt dann, da die Gesetze überall auf die concrete Entwickelung eines staatsrechtlichen Verhältnisses den Nachdruck legen und die abstracte Lösung der Eigenthumsfrage vermeiden, nur der Weg übrig, in derjenigen Persönlichkeit, in welcher — mag sie nun der Staat selbst oder eine Anstalt im Staate sein — die wichtigsten und wesentlichsten jener Kennzeichen des Eigenthums concurriren, den Eigenthumsträger anzuerkennen.

Nach vorstehenden, scheinbar in's Allgemeine abschweifenden, in der That auf directe practische Anwendung hinzielenden Bemerkungen, soll nun untersucht werden, wer mit Rücksicht auf die maßgebenden Kriterien als Eigenthümer der Kirchhöfe vom Gesetze hingestellt ist.

Das Material geben vornehmlich folgende Gesetzesstellen an die Hand:

Art. 7 des Decrets vom 23. Prärial: Les communes qui seront obligées, en vertu des art. 1 et 2 du tit. 1, d'abandonner les cimetières actuels, et de s'en procurer de nouveaux hors de l'enceinte de leurs habitations, pourront, sans autre autorisation que celle qui leur est accordée par la declaration du 10 mars 1776, acquérir les terrains qui leur sont nécessaires, en remplissant les formes voulues par l'arrêté du 7 Germ. an 9.

Art. 7 u. 8 der declaration concernant les inhumations vom 10. März 1776.

Aus dem Prärial-Decrete:

Art. 9. A partir de cette époque (5 Jahre), les terrains servant maintenant de cimetières pourront être affermés par les communes auxquelles ils appartiennent; mais à condition qu'ils ne seront qu'ensemencés ou plantés, sans qu'il puisse y être fait aucune

Digitized by Google

fouille ou fondation pour des constructions de bâtiment jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné.

Art. 10. Lorsque l'étendue des lieux consacrés aux inhumations le permettra, il pourra y être fait des concessions de terrains aux personnes qui désireront y posséder une place distincte et séparée pour y fonder leur sépulture et celle de leurs parents et successeurs.

Art. 11. Les concessions ne seront néanmoins accordées qu'à ceux qui offriront de faire des fondations ou donations en faveur des pauvres et des hôpitaux, indépendamment d'une somme qui sera donnée à la commune, et lorsque ces fondations ou donations auront été autorisées par le gouvernement dans les formes accoutumées, sur l'avis des conseils municipaux et la proposition des préfets.

Art. 16. Les lieux de sépulture, soit qu'ils appartiennent aux communes, soit qu'ils appartiennent aux particuliers, seront soumis à l'autorité, police et surveillance des administrations municipales.

Art. 17. Les autorités locales sont spécialement chargées de maintenir l'exécution des lois et règlements qui prohibent les exhumations non autorisées et d'empêcher, qu'il ne se commette dans les lieux de sépulture aucun désordre, ou qu'on s'y permette, aucun acte contraire ou respect du à la mémoire des morts.

Art. 19. Lorsque le ministre d'un culte, sous quelque prétexte que ce soit, se permettra de refuser son ministère pour l'inhumation d'un corps, l'autorité civile, soit d'office, soit sur la réquisition de la famille, commettra un autre ministre du même culte pour remplir ces fonctions; dans tous les cas l'autorité civile est chargée de faire porter, présenter, déposer et inhumer les corps.

Art. 21. Le mode le plus convenable pour le transport des corps sera réglé suivant les localités par les maires, sauf l'approbation des préfets.

Art. 22. Les fabriques des églises et les consistoires jouiront seuls du droit de fournir les voitures, tentures, ornements, et de faire généralement toutes les fournitures quelconques nécessaires pour les enterrements, et pour la décence ou la pompe des funérailles. — Les fabriques et consistoires pourront faire exercer ou affermer ce droit, d'après l'approbation des autorités civiles sous la surveillance desquelles ils sont placés.

Art. 23. L'emploi des sommes provenant de l'exercice, ou de l'affermage de ce droit sera consacré à l'entretien des églises, des lieux d'inhumation, et au payement des desservants.

Art. 25. Les frais à payer par les successions des personnes décédées, pour les billets d'enterrement, le prix des tentures, les bières et le transport des corps, seront fixés par un tarif proposé par les administrations municipales, et arrêté par les préfets.

Die Art. 9, 10 u. 11 des Decrets über die Leichenzüge vom 18. Mai 1806:

Digitized by Google

Dans les communes où il n'existe pas d'entreprise et de marchés pour les sépultures, le mode du transport sera réglé par les préfets et les conseils municipaux.

Dans les communes populeuses, où l'éloignement des cimetières rend le transport coûteux, et où il est fait avec des voitures, les autorités municipales, de concert avec les fabriques, feront adjuger aux enchères l'entreprise de ce transport, des travaux nécessaires à l'inhumation et de l'entretien des cimetières.

Le transport des morts indigents sera fait décemment et gratuitement: tout autre transport sera assujetti à une taxe fixe. Les familles qui voudront quelque pompe traiteront avec l'entrepreneur, suivant un tarif qui sera dressé à cet effet. — Les règlements et marchés qui fixeront cette taxe et le tarif seront delibérés par les conseils municipaux et soumis ensuite, avec l'avis du préfet, par notre ministre de l'intérieur, à notre approbation.

Aus dem Decret über die Kirchenfabriken vom 30. Dezember 1809:

Art. 36. Les revenus de chaque fabrique se forment . . . 4° du produit spontané des terrains servant de cimetières.

Art. 37. Les charges de la fabrique sont . . . 4° de veiller à l'entretien des églises, presbytères et cimetières.

Was aus dieser Menge von mehr oder weniger erheblichen Bestimmungen zunächst der Betrachtung entgegentritt, ist die Erscheinung, welche als eine für die Gesetze über das domaine public gewöhnliche bezeichnet wurde, daß es an einer principiellen Disposition, wer Eigenthümer der Kirchhöfe sein solle, fehlt, dieser Punkt vielmehr nur beiläufig in den Art. 9 u. 16 des Prärial-Decrets berührt wird, daß dagegen die Angelegenheiten des Begräbnißwesens und der Friedhöfe in concreten praktischen Vorschriften auseinandergesetzt, und hierbei nicht bloß den Gemeindebehörden, sondern auch verschiedenen Staatsorganen ihre Stellungen bezeichnet sind, daß endlich den Kirchenfabriken und Consistorien gewisse Berechtigungen und Verpflichtungen in Betreff der Begräbnisse und Beerdigungsorte zustehen sollen. Bei dieser Sachlage scheint die Lösung der Eigenthumsfrage für den ersten Augenblick bedenklich. Indeß ergibt eine nähere Betrachtung, daß das Gesetz in den Civilgemeinden, und nur in ihnen die Eigenthumsträger erblickt. Denn in ihnen und ihren Organen concurriren, wenn auch nicht alle, doch gerade die hauptsächlichsten der obenerwähnten, das Wesen des öffentlichen Eigenthums ausmachenden Attributionen. Ihnen fällt, nach den citirten Stellen, die Einrichtung neuer, die Erweiterung vorhandener Kirchhöfe zur Last; sie werden in erster Instanz über Gesuche um Verleihung von Familien-Begräbnißstätten gehört; ihnen oder den mit ihnen organisch verbundenen Anstalten — Hospitälern und Armenverwaltungen — soll das Aequivalent der ertheilten Concessionen zufließen; ihrer Gewalt, Aufsicht und Polizei sind die Kirchhöfe unterworfen; dem Bürgermeister steht es zu, Beerdigungen, bei denen die Geistlichkeit ihre Mitwirkung versagt, selbstständig vorzunehmen; die Art und Weise des Leichentransports wird hauptsächlich von der Gemeindeverwaltung regulirt; dieselbe entwirft die vorkommenden Taxen und sorgt für Anstellung des zur Vornahme der Beerdigungen erforderlichen Personals.

Im Hinblick auf diese entscheidenden Momente können die für die Civilgemeinden aus ihrer Unterordnung unter die Staatsbehörden hervorgehen-

Digitized by Google

den Beschränkungen zu einer anderweitigen Lösung der Eigenthumsfrage nicht berechtigen. Es handelt sich hierbei nur um Aufsicht und Controlle über die den Civilgemeinden hinsichtlich der Kirchhöfe anvertrauten Herrschaft. Die nämliche Ansicht wird aber auch bezüglich der den kirchlichen Gemeinden zugewiesenen Befugnisse Platz greifen müssen; denn letztere sind im Verhältniß zu den der Civilgemeinde verbleibenden Attributionen unleugbar ganz untergeordneter Natur. Sie bezwecken, während den Rechten des domaine public eine wesentliche staatsrechtliche Bedeutung zuerkannt werden muß, nach Inhalt der betreffenden Gesetzesstellen lediglich, den — zu Anfang des Jahrhunderts verarmten — Kirchengemeinden gewisse Quellen des Einkommens zu eröffnen, berühren also mehr den privatrechtlichen Nebengehalt des öffentlichen Eigenthums, der von letzterem, nach dem oben Bemerkten, füglich abgetrennt sein und selbst in Privathände gelangen kann. Wenn in den Gesetzen den kirchlichen Gemeinden, als eine auf den zu beziehenden Nutzungen ruhende Last, die Verbindlichkeit der gewöhnlichen Instandhaltung der Begräbnißplätze auferlegt ist, so erscheint auch dieses Moment unbedenklich zur Begründung einer anderweitigen Annahme über das Eigenthum der Kirchhöfe um so weniger zureichend, als die Unterhaltung unter der Aufsicht der Civilgemeinden zu geschehen hat.

Bei den Rechten der kirchlichen Gemeinden ist vorstehend des aus einer etwa stattgehabten confessionellen Abtheilung der Friedhöfe hervorgehenden Verhältnisses nicht gedacht. Der hier in Betracht kommende Art. 15 des Prärial-Decrets hat im Eingange seine ausführlichere Besprechung gefunden. Es wurde gezeigt, daß daraus ausschließliche, wirkliche Rechte der Religionsgesellschaften nicht entspringen, die Civilgemeinde ist und bleibt Eigenthümerin der verschiedenen Abtheilungen; sie nimmt zwar, indem sie dieselben herstellt, billige Rücksicht auf bestehende religiöse Anschauungen, will aber dadurch in ihrer Herrschaft über die Kirchhöfe keine rechtliche Einschränkung erleiden. Es zeigt sich dies namentlich in dem den Gemeindebehörden zukommenden selbstständigen Beerdigungsrechte.

Dagegen wurde als eines der Zeugnisse für das Eigenthum der Civilgemeinden an den öffentlichen Kirchhöfen der Art. 16 des Prärial-Decrets aufgeführt, nicht sowohl wegen der parenthetischen Alternative „soit qu'ils appartiennent aux *communes*, soit qu'ils appartiennent *aux particuliers*," als der getroffenen Haupt-Disposition halber, welche den Municipalverwaltungen die „*autorité, police et surveillance*" über die Beerdigungsörter überweiset. Hiergegen wird der Einwand, die Stelle, wolle man sie für das Eigenthum der Civilgemeinden anrufen, beweise zu viel, indem sie auch das Eigenthum der Gemeinde an Privat-Begräbnißstätten bewiese, — nicht in's Gewicht fallen können, weil einestheils die Stelle nur als Glied einer Reihe von Momenten aufgeführt wird, anderntheils nicht verkannt werden darf, daß da, wo kein Privateigenthum an einer Beerdigungsstätte entgegenwirkend hervortritt, mit andern Worten, wo ein öffentlicher Kirchhof in Betracht kommt, die police, surveillance u. autorité der Muncipalverwaltung sich zu der im Wesen des öffentlichen Eigenthums gegebenen Herrschaft naturgemäß entfaltet.

Minderes Gewicht, wie angedeutet, wird auf die in den Art. 8 u. 16 enthaltenen Zwischenverfügungen, wonach die Kirchhöfe den Civilgemeinden angehören (appartiennent), gelegt. Man würde, fehlte es an diesen beiläufigen Auslassungen, sich immerhin gemäß den oben erörterten ent-

Digitized by Google

scheidenden Momenten für das Eigenthum der Civilgemeinden auszusprechen haben. Uebrigens würde eine Interpretation, welche jene Zwischensätze als werthlose Enunciationen hinstellen wollte, auf Anerkennung schwerlich zu rechnen haben. Das Gesetz spricht beiläufig als etwas Selbstverständliches aus, was aus der Totalität seiner wesentlichen Dispositionen folgt, was auch den bei der Abfassung des Gesetzes leitenden, allgemein herrschenden Anschauungen entsprach und von der geschichtlichen Entwickelung getragen ward. In letzterer Hinsicht, mag die — von der Declaration von 1776 gewiß unterstützte — Behauptung mancher Schriftsteller, die öffentlichen Kirchhöfe hätten schon in älterer Zeit als Gemeindeeigenthum gegolten (Dalloz 784) auf sich beruhen bleiben; unleugbar steht fest, daß zur Zeit des Prärial-Decrets und in der ihm vorangehenden Periode, das Begräbnißwesen als bürgerliche Angelegenheit, der Kirchhof als domaine public *municipal* allgemein behandelt wurde. Graeff äußert sich hierüber in der Schrift „das Eigenthum an den Kirchhöfen," Seite 27 folgendermaßen: „die Meinung war allgemein angenommen, daß, nachdem die Beaufsichtigung und Leitung des Begräbnißwesens von der Kirche auf die politische Gemeinde übergegangen war, diese Kirchhöfe gleichfalls ein Eigenthum derselben geworden, und wenn der Staatsregierung zu allen Zeiten der Gedanke fern geblieben ist, die beibehaltenen Pfarrkirchen den National-Domainen zuzuzählen, und sie als Nationalgut zu verwerthen, so darf dieses um so unbedenklicher von den sämmtlichen Begräbnißstätten angenommen werden. Ein auf ausdrücklichen Gesetzen beruhender Eigenthumsoder Besitzwechsel hat zu Gunsten des Fiskus niemals stattgefunden. Thatsächlich sind dagegen sämmtliche Begräbnißplätze ohne Ausnahme von den Gemeinden zur Beerdigung sämmtlicher Verstorbenen ohne Unterschied der Confession benutzt worden." Weiterer Privatzeugnisse über diesen thatsächlichen Punkt wird es im Hinblick auf das im Decrete des National-Convents vom 12. Frimaire II. (2. Dezember 1793) abgelegte authentische Zeugniß nicht bedürfen: eine eingegangene Petition führte Beschwerde über Verhinderung des Begräbnisses einer Protestantin auf den Kirchhof einer Gemeinde mit durchweg katholischer Bevölkerung und beantragte die Einrichtung von besonderen öffentlichen Kirchhöfen für jede Secte. Der National-Convent geht in dem erwähnten, demnächst im Bulletin veröffentlichten Decrete zur Tagesordnung über: „considérant qu'aucune loi n'autorise à refuser la sépulture dans les cimetières publics aux citoyens décédés, quelles que soient leurs opinions religieuses et l'exercice de leur culte." Offenbar liegt die Anschauung der damaligen Zeit dem Prärial-Decrete zu Grunde. Man hat das Princip des Eigenthums der Civilgemeinde, den anerkannten Besitzstand, durchaus festgehalten und nur, nach der Restauration des Cultus, in Berücksichtigung der confessionellen Meinungen die im Art. 16 des Decrets bezeichnete (für das preußische linke Rheinufer wieder aufgehobene) Verfügung, wodurch indeß keineswegs den Religionsgesellschaften exclusive Rechte haben eingeräumt werden sollen, dem Gesetze einverleibt.

Die bewährtesten Schriftsteller sprechen sich denn auch bei den Kirchhöfen für das domaine public *municipal* aus. So Proudhon, traité du domaine public, Chap. 23, 25 u. 26, Dalloz Nro. 784.

Digitized by Google

Es ist ferner anzuerkennen, daß gesetzlich nur die Civilgemeinden Eigenthumsträger sein sollen und können. Denn alle wesentlichen Bestimmungen über Begräbnisse und Kirchhöfe sind im öffentlichen Interesse so und nicht anders getroffen, eben deshalb der Möglichkeit einer Abänderung durch Verträge oder Verfügungen ausführender Behörden entzogen; sie sind — nach der Terminologie der hiesigen Gesetzgebung — d'ordre public, natürlich, so weit die Geltung des Prärial-Decrets überhaupt reicht. Mit den Concessionen darf nicht anders, als das Decret es will, verfahren werden, die Kirchhöfe sollen der Gewalt der Gemeindebehörden unterworfen sein, dem Bürgermeister muß sein Recht, die Beerdigungen selbstständig zu verfügen, intact verbleiben; es sollen keine Kirchhöfe von Gesellschaften, wobei deren Mitglieder das exclusive Recht der Beerdigung haben, existiren können; bei der Anstellung des Beerdigungs-Personals, der Festsetzung von Taxen und Gebühren muß der Civilgemeinde ihre volle Mitwirkung gelassen werden.

Das Gesetz will, mit andern Worten, verhüten, daß das Begräbnißwesen wieder, ganz oder in gewissen Beziehungen unter die Macht der Kirche zurückfalle, der es zur Zeit des Prärial-Decrets thatsächlich und unter Billigung der höchsten Staatsgewalten längst entzogen war.

Für ein Eigenthum der kirchlichen Gemeinden an den Friedhöfen im Sinne des domaine public — dem einzigen, der in Betracht kommen kann — bleibt hiernach keine rechtliche Möglichkeit übrig. Das Prärial-Decret will unzweifelhaft dieses Verhältniß nicht; denn es weiset den Kirchenfabriken und Consistorien, deren Stellung also vom Gesetzgeber nicht etwa übersehen, sondern erwogen worden ist, im Wesentlichen nur gewisse Einnahmen zu. Hätte in späterer Zeit der Gedanke, die Kirchenfabriken zu Trägern des Eigenthums der Friedhöfe zu machen, zur praktischen Anerkennung gebracht werden sollen, so mußten alle obenerwähnten, das öffentliche Interesse berührenden Verhältnisse dem entsprechend neu geordnet werden; das Decret hätte wesentlich beschränkt, die den Gemeinden beigelegten Attributionen hätten mindestens theilweise auf die Kirchenfabriken übertragen werden müssen. Davon enthält das Decret vom 30. Dezember 1809 nicht einmal eine Andeutung. Die Fabriken sind principiell berufen, für die Cultusbedürfnisse zu sorgen, und hierdurch ist die Begrenzung ihrer Rechtssphäre und der Handlungsfähigkeit ihrer Organe gegeben. Die Beerdigungen und Angelegenheiten der Kirchhöfe gehörten aber (abgesehen von den rein gottesdienstlichen Handlungen) nach unzweideutigen Bestimmungen zum Wirkungskreise der Gemeinden.

So erklärt sich ganz natürlich, daß der französische Staatsrath — nach dem Zeugniß von Dalloz, Nro. 784 — consequent und zwar, was bemerkenswerth erscheint, unter successiven Regierungen, die ihr Verhältniß zur Kirche keineswegs gleichmäßig aufgefaßt haben, entschieden hat, Kirchenfabriken könnten keine Friedhöfe ausschließlich und eigenthümlich besitzen. Um diesem Besitz eine rechtlich haltbare, erlaubte Grundlage zu geben, bedürfte es eines legislativen Actes — eines Actes, der in der Allerhöchsten Genehmigung der Schenkung eines Grundstücks an die Kirche behufs Einrichtung eines Friedhofs nicht liegt, wenigstens nicht liegen sollte.

Untersucht man im Einzelnen, was bei der Einrichtung besonderer eigenthümlicher Kirchhöfe Seitens der Religionsgesellschaften in Wahrheit

Digitized by Google

intendirt wird, so tritt die rechtliche Unstatthaftigkeit eines solchen Projects noch schlagender hervor:

Die Kirche will etwa die Concessionen von Begräbnißstätten vergeben. Dies geht nicht an.

Die Kirche will das Taxen- und Gebührenwesen in die Hand nehmen. Dies geht nicht an.

Die Kirche will als exclusives Recht, daß auf ihrem Friedhof schlechthin nur die Leichen der ihrer Gemeinschaft Angehörigen bestattet werden; ausgeschlossen sollen die Bekenner eines andern Glaubens sein, ausgeschlossen auch diejenigen, welche sich nach den Dogmen und Satzungen der Kirche, tacite aus ihr entfernt haben. Ueber die hierbei vorkommenden Fragen entschiede dann selbstredend die Geistlichkeit der betreffenden Confession. Der Kirchhof gäbe ein Mittel des geistlichen Zwanges ab. Müßte in Nothfällen eine Ausnahme eintreten, so soll der Eigenthümer des Kirchhofs, mit andern Worten, die Geistlichkeit, bittweise angegangen werden. Dabei würde man den Civilbehörden eine abgeschwächte, unbestimmte polizeiliche Aufsicht, wenigstens theoretisch, wohl nicht versagen wollen. Das Alles geht, wie bereits erörtert ist, ohne Gesetzesverkümmerung, nicht an. Ein Gesellschafts- oder Genossenschafts-Kirchhof soll nicht bestehen; dem Bürgermeister soll die Entscheidung über die Vornahme der Beerdigung auf dieser oder jener Abtheilung des öffentlichen Kirchhofs intact verbleiben. Er soll kraft des klaren Rechts der Gemeinde seine Verfügung treffen, nicht in die Lage kommen, über eine Beerdigung bei der Kirche petitioniren und verhandeln zu müssen. Das Gesetz hat mit Bedacht jene aus dem angestrebten Verhältnisse hervorbrechende Quelle von Reibereien und Verwickelungen verstopfen wollen. In Conflictsfällen wäre selbst der Umstand bedenklich, wenn das Begräbniß-Personal sich lediglich als im Dienste und Brode der Kirche stehend auffassen müßte. Kommt es zu absolut katholischen Kirchhöfen, so wird es auch an den absolut protestantischen nicht fehlen. Der eigentliche Gemeinde-Kirchhof sinkt dann zur Stufe eines proscribirten Ortes herab, und daselbst Angehörige bestattet zu wissen, würde den Ueberlebenden zum Aergerniß gereichen. Ist der Kirchhof ein streng confessionelles Institut, so würde die betreffende Religionsgesellschaft, wenn etwa in einem Nothfalle eine fremde Leiche zu beerdigen ist, die dem Bekenntnisse des Verstorbenen entsprechenden religiösen Feierlichkeiten nicht dulden wollen: auch dem stellt sich das Prärial-Decret im Art. 18 entgegen. Die Kirchhöfe sollen auch in dieser Hinsicht als gemeines Eigenthum gelten. —

Noch eine Bemerkung ist, um Mißverständnissen vorzubeugen, am Orte — eine Bemerkung, welche an den wichtigen und vielfach übersehenen Unterschied der propriété und des domaine public, des privaten und öffentlichen Eigenthums anknüpft. Denkbarer Weise überläßt ein Privatmann unentgeldlich der Civilgemeinde ein Grundstück zur Einrichtung des öffentlichen Kirchhofes mit dem Beding, daß ihm das so beschränkte Privateigenthum verbleibe oder als freies Eigenthum wieder zufalle, wenn dereinst der Platz in legaler Weise seine Bestimmung als Begräbnißort gänzlich verliert; alsdann ist der Kirchhof als Gemeindeanstalt ein *domaine public municipal*: die Beschränkung, welcher das öffentliche Eigenthum der Gemeinde unterliegt, trifft einen privatrechtlichen Bestandtheil, der nach der obigen Erörterung füglich abgetrennt werden konnte. Das

Digitized by Google

Gesetz stellt dem kein Hinderniß entgegen. Es tritt ein Verhältniß ein, das demjenigen ähnlich ist, wenn eine öffentliche Straße, eine Eisenbahn (beide sind Gegenstände des domaine public) vermöge einer bloßen Servitut über fremde Grundstücke geführt werden: die Privatbesitzer der letzteren werden dadurch nicht Eigenthumsträger der Straße oder Eisenbahn. Es lebt nur, wenn die Straße oder Eisenbahn dereinst wegfällt, das freie Privateigenthum wieder auf. Ein domaine public braucht als überwiegend staatsrechtliches Verhältniß nicht nothwendig auf volles Privateigenthum radicirt zu sein, wiewohl letzteres meistentheils in der Hand des öffentlichen Eigenthümers sich befinden wird. Die meisten über „das Eigenthum der alten Kirchhöfe" stattfindenden Streitigkeiten haben eine ähnliche Natur. Es handelt sich um das rein Privatrechtliche, nicht um den actuellen Kirchhof, sondern um das nutzbare Eigenthum eines Terrains, was Kirchhof gewesen ist. In der That läßt sich bei einem Friedhofe, der in alter Zeit privativer Besitz einer bestimmten Religionsgemeinde war und z. B. gegenwärtig expropriirt wird, die Frage aufwerfen, ob nicht, ungeachtet das domaine public auf Grund des Prärial-Decrets in die Hand der Civilgemeinde gelangt war, jene kirchliche Gemeinde die Expropriationssumme zu beziehen haben würde? Bezüglich der alten katholischen Kirchhöfe hat unser höchster Gerichtshof, übereinstimmend mit der französischen und belgischen Jurisprudenz, diese Frage zum Nachtheile der Kirchenfabriken entschieden, zum Theil aus Gründen, die für die altprotestantischen Kirchhöfe nicht maßgebend sind, da den protestantischen Gemeinden ihre Güter vom französischen Staate nicht entzogen worden sind. Gewichtige Gründe dürften indeß einem derartigen Anspruch evangelischer Gemeinden des linken Rheinufers entgegentreten: das domaine public der protestantischen Kirchhöfe war unzweifelhaft den Civilgemeinden zugefallen, und als ein Bestandtheil desselben, die Pflicht zur Herstellung neuer Kirchhöfe; es ist aber nichts natürlicher, als daß, was auch der Art. 9 des Prärial-Decrets besagt, das nutzbare Eigenthum des cassirten Kirchhofs der Civilgemeinde als Compensation zufalle.

Daß das Prärial-Decret, sollte in älterer Zeit das öffentliche Eigenthum der Friedhöfe den kirchlichen Gemeinden zugestanden haben, dieses Eigenthum den Civilgemeinden schlechthin überwies, darf nicht im Mindesten auffallen und es wäre ganz ungeeignet, den so vermittelten Wechsel in der Person des Eigenthumsträgers als Eigenthumsentziehung, Expropriation im gewöhnlichen Sinne dieser Begriffe zu qualificiren. Aendert ein Gegenstand des domaine public, unter Beibehaltung derselben öffentlichen Bestimmung, seinen Eigenthumsträger, so hat dieser Act in der Mehrzahl der Fälle gar nicht die Natur einer Expropriation, weil das Rechtsverhältniß des domaine public überwiegend staatsrechtlich, aus Pflichten und Rechten gemischt ist. Man hat es beispielsweise wohl nie als Expropriation bezeichnet, wenn ein Gemeindeweg, indem er in den Tract einer Staatsstraße gezogen wird, seinen Eigenthumsträger wechselt. Nur da, wo die aus dem öffentlichen Eigenthum fließenden Nutzungen und Einkünfte die Lasten überwiegen, könnte von Entschädigung bei einer Veränderung im Träger des öffentlichen Eigenthums die Rede sein. Bei den öffentlichen Kirchhöfen prävalirt die Last.

Die vorliegende Frage hat sich den Rheinischen Verwaltungsbehörden mehrfach und in verschiedener Gestalt dargeboten und stets die hier ent-

Digitized by Google

wickelte Lösung gefunden. Dem Projecte, kirchlichen Gemeinden eigenthümliche Kirchhöfe zu verschaffen, trat wirksam die Erwägung entgegen, daß deren privatrechtliche Vermögensfähigkeit keineswegs ausreiche, um sie zu Trägern jener öffentlichen Anstalten zu machen. Die Gerichte haben, wie es in der Natur der Verhältnisse liegt, nur selten Anlaß gehabt, sich über das Eigenthum actueller Kirchhöfe auszusprechen. Angeregt wurde der Punkt in dem im Rhein. Archive, Bd. 54, Abth. 2A, S. 49 u. ff. mitgetheilten Falle. —

Die Gesetzgebung des ehemaligen Großherzogthums Berg liefert gewissermaßen eine Probe für die Richtigkeit vorstehender, das linke Rheinufer betreffenden Darlegung. Bekannt ist, wie alsbald nach Errichtung dieses Rheinbundstaates der Plan dahin ging, auf sein Gebiet die Gesetzgebung des Kaiserreichs zu übertragen — ein Plan, der im Laufe der Jahre durchgeführt worden ist, und zwar in der Art, daß die linksrheinischen Gesetze theils wörtlich, theils in neueren Bearbeitungen publicirt wurden, welche fast überall den vorhandenen Stoff wiedergeben, nicht selten aber, wenn die betreffenden Materien in verschiedenen legislativen Acten zerstreut lagen, eine mehr systematische Gestalt und abgerundetere Form nachweisen. Und so wird es, wie für die Bergische Gesetzgebung die französische Jurisprudenz maßgebende Aufschlüsse gewährt, umgekehrt zulässig, in nicht seltenen Fällen zum Verständnisse eines linksrheinischen Gesetzes das entsprechende Großherzoglich-Bergische Gesetz zu benutzen und aus letzterem einen Rückschluß zu ziehen. Diese Möglichkeit trifft nun bei der vorliegenden Frage zu. Die Großherzoglich-Bergische Gemeindeordnung, d. d. Fontainebleau 13. October 1807 (Scotti'sche Sammlung, Theil 2, S. 1106 ff.) enthält durchweg französischen Stoff, häufig wörtliche Uebertragung von Gesetzen des Kaiserreichs (zu vergl. z. B. Loi concernant la division du territoire français vom 28. Pluviose VIII., Art. 12 ff., Decret vom 15. April 1806; Arrêté vom 5. Brumaire IX. über die Polizeiverwaltung.) Nun lautet der Art. 49 dieser Gemeindeordnung, wie folgt:

„Die Kirchhöfe sind ein Eigenthum der Gemeinden und der Aufsicht der Municipalpolizei unterworfen. Den Gemeinden liegt es ob, die Plätze zu den Kirchhöfen zu erwerben und für deren Einfassung zu sorgen. Die Kirchen sorgen für die Unterhaltung der Kirchhöfe und beziehen daher das Einkommen von den Beerdigungen.

Ein Kirchhof, der nicht mehr gebraucht wird, muß 5 Jahre lang unberührt liegen bleiben."

Darf man bei dieser Stelle, die schlechthin, in dispositiver Weise das Eigenthum der Civilgemeinden sanctionirt, zweifeln, daß sie sich lediglich als ein Auszug der wesentlichen Principien des Decrets vom 23. Prairial XII. darstellt? Sie eignet sich zum Rückschlusse auf den Sinn des Prärial-Decrets.

Zum Schlusse noch die Bemerkung, daß der Inhalt des Decrets vom 23. Prairial in Ansehung der israelitischen Gemeinden durch das Gesetz vom 23. Juli 1847 in gewissen Beziehungen modificirt ist. Wie weit die Abänderung reicht, möge hier unerörtert bleiben. —

L.

Digitized by Google

Nachtrag zu der in Band 52, 2B., Seite 1 aufgenommenen Abhandlung über ayant-cause, Art. 1322 des B.-G.-B.

Wenn zwei Personen vor Gericht darüber streiten, ob der Art. 1322 des B.-G.-B. bei ihnen zur Anwendung komme oder nicht, so kömmt es vor Allem zunächst darauf an, ob ein gemeinschaftlicher Titel vorliegt, aus welchem beide Theile ihre Ansprüche herleiten. Denn der Art. 1322 handelt ja nur davon und hat nur den Fall vor Augen, daß ein von den Contrahenten unterschriebener Privatact zwischen ihnen selbst und ihren ayant-cause wie ein authentischer gelten solle, woraus von selbst folgt, daß der Artikel nur dann von dem einen Theil gegen den andern angerufen werden kann, wenn feststeht, daß beide Theile, mögen sie die ursprünglichen Contrahenten selbst oder ayant-cause (Rechtsnachfolger) von ihnen sein, sich schließlich auf einen und denselben Act zur Begründung ihrer Behauptungen berufen, weil in einem andern Fall ja gar nicht von der rechtlichen Wirksamkeit eines solchen Acts im Sinne dieses Artikels Rede sein könnte. Es folgt dies ganz klar aus Wort und ratio des Artikels, wenn man ihn nur näher ansieht. Machen wir hiervon die Anwendung auf den Streit zwischen Cessionar und debitor cessus, welcher eine Quittung über Auszahlung der Schuld vorzeigte, als er vom Cessionar auf Bezahlung angegangen wurde. Warum kann hier in dem Streit, ob die Cession gültig und wirksam sei oder die Quittung, von Anwendung des Art. 1322 nicht Rede sein? Antwort: weil kein gemeinschaftlicher Titel für beide Theile vorliegt. Der Cessionar leitet seine angeblichen Rechte als Gläubiger gegen den debitor cessus aus dem zwischen dem Cedenten und ihm dem Cessionar, abgeschlossenen Cessionsact her, ist insoweit formell allerdings ayant-cause desselben. Leitet aber auch der debitor cessus seine Rechte aus dem Cessionsacte her? Keineswegs. Er thut dies nicht nur nicht, sondern er kann es auch nicht, da beide Acte (Cessionsact und Quittung) einander ausschließen, der Art, daß wenn der eine Act vom Richter als gültig und wirksam anerkannt wird, der andere in Bezug auf das Object der Cession resp. der Quittung wirkungslos ist. Also, weder der debitor cessus beruft sich auf den Cessionsact, noch der Cessionar auf die Quittung. Hieraus folgt, daß kein gemeinschaftlicher Act für beide Theile vorliegt, wie ihn der Art. 1322 erfordert, mithin kann keine Rede sein von Anwendung dieses Artikels auf den fraglichen Streit. Dasselbe gilt von zwei Käufern eines und desselben Objects, welches jeder zu verschiedener Zeit gekauft hat. Keiner leitet seine Rechte in dem zwischen ihnen über das Eigenthum entstandenen Streit aus dem Acte des andern her. Es liegt also ebenfalls kein gemeinschaftlicher Act vor und kann deshalb von Anwendung des Art. 1322 ebenfalls nicht Rede sein.

Wenn in dem zuletzt erwähnten Fall die Rede von zwei Käufern (ayant-cause) war, so könnte man meinen, es seien ja zwei ayant-cause vorhanden, womit die Anwendbarkeit des Art. 1322 gegeben wäre. Es ist aber sofort einleuchtend, daß jeder der beiden streitenden Theile sich nur formell Käufer nennen kann. Ob er es in Wirklichkeit, d. h. Eigenthümer des Vertragsobjects, ist, wird sich erst am Ende des Prozesses durch den Richterspruch zeigen. Hieraus erhellt, daß der Art. 1322 noch

Digitized by Google

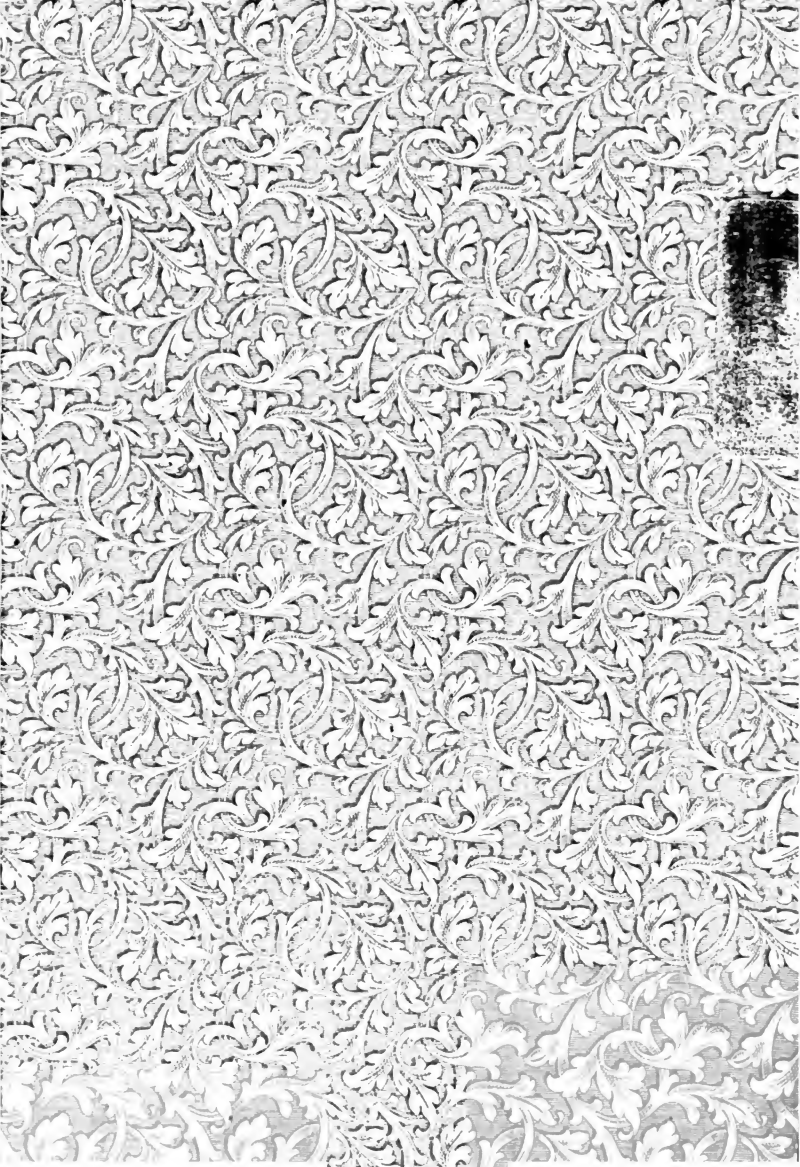
nicht dann anwendbar sein kann, wenn die streitenden Theile behaupten, sie seien ayant-cause (Eigenthümer), sondern er ist nur dann anwendbar, wenn sie es wirklich sind oder dieses in rechtsgültiger Weise vorerst bewiesen haben, weil der Artikel von dieser Unterstellung ausgeht. Dies gilt auch von dem Streit zwischen Cessionar und debitor cessus. Derjenige von den beiden Käufern wird als Eigenthümer anerkannt werden, welcher zuerst gekauft hat und dieses beweisen kann. In dieser Beziehung stellt der Art. 1328 eine gesetzliche Vermuthung auf für den Streit zwischen solchen Personen, welche wie hier der Fall ist, nicht Mitcontrahenten, noch ayant-cause derselben, sondern Dritte sind.

Will man die beiden Art. 1322 u. 1328 im Allgemeinen charakterisiren, so kann man sagen: der Art. 1322 supponirt den ayant-cause, der Art. 1328 gibt eine Präsumption für den ayant-cause (cfr. Archiv 59. Band, 3. Heft.)

E.

Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google

Digitized by Google